نتائج الأفكار

في كشف الرموز والأسرار

لشمس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي

وهي تكملة "فتح القدير"
للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفي

على

الهداية: شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ.

٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ.

الجزء العاشر

دار الفكر

دار الفكر
بيروت لبنان
المكاتب : البناية المركزية - هاتف : ٢٤٤٧٣٩ - ص.ب : ١١/٧٠٦١
المطابع والمعمل : حارة حريك - شارع عبد النور - هاتف : ٣٩٠٦٦٣ | ٨٣٨٢٠٢ ٨٣٧٨٩٨
برقيا : فكسي - تلكس : ٤١٣٩٢ فكر FIKR 41392 LE

مَنْ يُرِدِ اللّٰهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ

(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الكراهية)

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة؛ ألا يرى أن التضحية فى ليالى أيام النحر مكروهة ، وكذا التصرف فى الأضحية بجز صوفها وحلب لبنها وإبدال غيرها مكانها، وكذلك ذبح الكتابى وغير ذلك . كما أن الأمر فى كتاب الكراهية كذلك كذا فى الشروح . ثم إن عبارات الكتب قد اختلفت فى ترجمة هذا الكتاب . فقد سماه محمد فى الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوى فى مختصره وتبعهما المصنف، وسماه محمد فى الأصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكافى للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغنى وغيرها، وسماه الكرخى فى مختصره بالحظر والإباحة ، وتبعه القدورى فى مختصره والإمام قاضيخان فى فتاواه ، وكذا وقع فى التحفة والتتمة والإيضاح - ولكل وجهة هوموليها - . أما وجه التسمية بالكراهية فلأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه . وأما وجه التسمية بالاستحسان فلأن فيه ماحسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به ، أو لأن أكثر مسائله استحسان لامجال للقياس فيها . وأما وجه التسمية بالحظر والإباحة فلأن الحظر المنع والإباحة الإطلاق ، وفيه مامنع عنه الشرع وما أباحه . كذا ذكر وجه كل منهما فى الاختيار شرح المختار. وفى شرح الكنز للإمام الزيلعى : ثم إن الكراهية فى اللغة مصدر

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الأضحية ، لأن عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة ؛

(كتاب الكراهية)

وتأويل قول أبى يوسف أنه لا بأس بها للتداوى . وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلاة والذبائح فلا نعيدها ، واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه . قال (ولا يجوز الأكل والشرب والادّهان والتطيب فى آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه الصلاة والسلام فى الذى يشرب فى إناء الذهب والفضة « إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم » وأتى أبو هريرة رضى الله عنه بشراب فى إناء فضة فلم يقبله وقال :

مايتعلق بالأكل والشرب فى هذا الفصل غير منحصر فى هذه المسئلة ، بل كثير من المسائل الآتية المذكورة فى هذا الفصل من مسائل الأكل والشرب أيضا . فيصح عنوان الفصل بالأكل والشرب . سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلا أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق فى الذبائح . وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة فى الذبائح تذكيرا للبواقى فغير تام أيضا . لأن ذكر ما ذكر مر وبين مستوفى تذكيرا لبواقى المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما يهم أصلا . ثم أقول : الأوجه أن يقال : إنما خص الأتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها أيضا لأن جميع مالا يؤكل لحمه قد ذكر فى الذبائح مستوفى . وكراهة لحوم الأتن إنما ذكرت هاهنا توطئة لكراهة ألبانها التى لم تذكر فيما مرّ قط . ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها فى التوطئة لذلك فلا جرم خص الأتن بالذكر دون غيرها . ثم قال ذلك البعض : وأما حكم أبوال الإبل فإنما ذكره المصنف فيما سبق . وذكره محمد هاهنا فى الجامع الصغير . فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بكلام صحيح . لأن المصنف أيضا ذكره هاهنا فى الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا . وإنما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد فى الجامع الصغير ولم يذكره المصنف هاهنا . وأماكون مأخذ ماذكره المصنف هاهنا ماذكره محمد فى الجامع الصغير فلا يجدى شيئا فى دفع التكرار . لأن المصنف ليس فى حيز الاجتهاد . فكل ما ذكره مأخوذ من قول مجتهد . فإذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبى يوسف لا بأس به للتداوى) إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل لأن مذهب أبى يوسف أن بول مايؤكل لحمه نجس لما مر فى كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما . والمفهوم من قوله هاهنا : وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الإبل حلّ شربها عند أبى يوسف أيضا . فأول المصنف قول أبى [illegible] هاهنا بنفى البأس عن شربها للتداوى . وشربها للتداوى [illegible] وإن كانت نجسا تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه فى كتاب الطهارات . قال صاحب غاية البيان فى هذا المقام : وأما قول أبى يوسف ومحمد فى الجامع الصغير : لابأس بذلك ، فنصرف إلى لحم الفرس خاصة . لأن بول الإبل نجس عند أبى يوسف أيضا . إلا أنه أطلق شربه للتداوى . وقد مرّ بيانه فى كتاب الطهارات فى فصل البئر انتهى . أقول : فيه نظر . لأن لفظ محمد فى الجامع الصغير هكذا : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال : أكره شرب أبوال الإبل وأكل لحوم الفرس . وقال أبو يوسف ومحمد : لا بأس بذلك كله إلى هنا لفظ محمد فى الجامع الصغير . وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه : ولا يذهب عليك أن عبارة كله فى قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبى يوسف ومحمد فى الجامع الصغير منصرفا إلى لحم الفرس خاصة ، بل يقتضى شموله لأبوال الإبل أيضا (قوله وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلاة والذبائح فلا نعيدها) أقول : فى رواج هذه الحوالة بحث ، فإن ألبان الأتن من هذه الجملة

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) يرد عليه لبن الخيل على قول أبى حنيفة فى رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد ، وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ماهو المطلوب من كل واحد منهما لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقايل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك فى اللبن فكان شربه مما لابأس به . وقوله صلى الله عليه وسلم « إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم» قيل معناه :

(قوله يرد عليه لبن الخيل الخ) أقول : فيه بحث (قوله وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول : فيه بحث ، والأولى أن يقال إذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا .

نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادّهان ونحوه لأنه فى معناه ولأنه تشبه بزىّ المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين . وقال فى الجامع الصغير : يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى . وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا . قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج

ولم تبين فيما تقدم قط . وكذا أبوال الإبل من هذه الجملة ولم تبين فى شىء من كتابى الصلاة والذبائح . وإنما بينت فى كتاب الطهارات فى فصل البئر فى ضمن بيان بول مايؤكل لحمه مطلقا . وعن هذا قال صاحب الكافى وقد مرّت هذه الجملة فى كتاب الطهارة والذبائح . ويمكن أن يتمحل فى توجيه كل من هاتين الصورتين . أما فى توجيه الصورة الأولى منهما فبأن يحمل المراد بهذه الجملة فى قوله قد بينا هذه الجملة على ماعدا الألبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه . وأما فى توجيه الصورة الثانية منهما فبأن الطهارة لمّا كانت من شروط الصلاة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة . قال بعض المتأخرين : وإنما قال فى الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل فى كتاب الطهارة فى فصل البئر إشارة إلى أنه ينبغى أن يذكر مسائل الطهارة فى فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع فى فتاوى قاضيخان وأن لايترجم لها كتاب على حدة انتهى . أقول : ليس هذا بشىء لأن مآله أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الإشارة إلى تقبيح نفسه فيما فعله فى أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة ، وهل يليق بالعاقل أن يقصد الإشارة إلى مثل ذلك . على أن الشراح ذكروا قاطبة فى أول الكتاب وجها وجيها لإيراد الطهارة فى كتاب مستقل . فكون الذى ينبغى أن يذكر مسائل الطهارة فى فصل من فصول الصلاة ممنوع . وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة فى كتاب على حدة وقال ذلك البعض : ثم إن المصنف بين فيما تقدم أن أبوال الإبل حرام عند أبى حنيفة رحمه الله مطلقا ، وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا ، وللتداوى فقط عند أبى يوسف . وذكر أدلتهم هناك . لكن بنى [illegible] طهارته ، مع أن استلزام طهارته حلّ شربه غير ظاهر . وأن طهارته لم تلزم عنده إلا من حله الثابت بقوله عليه الصلاة والسلام «ماوضع شفاؤكم فيما حرم [illegible] فبناء حله على طهارته دور ظاهر . إلى هنا كلامه . أقول : حديث الدور ساقط جدا . لأن حله إنما يكون علة لطهارته فى العقل بأن يصير دليلا عليها . وأما طهارته فإنما تكون علة لحله فى الخارج فاختلفت الجهة ، وهذا نظير ما قالوا فى العلوم العقلية أن الحمى علة للعفونة فى الذهن والعفونة علة للحمى فى الخارج . فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان إنى وبعكسه برهان لمى ولا دور أصلا . وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره . فإن الأول علة للثانى فى الخارج وإن كان الثانى علة للأول فى العقل : أى دليلا عليه . ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله وإذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لأنه فى معناه)

يردد ، من جرجر الفحل : إذا ردد صوته فى حنجرته . ونارا منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات ، وقوله (لأنه فى معناه) أى لأن الأدهان من آنية الذهب فى معنى الشرب منها ، لأن كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال . قيل صورة الادّهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس ، وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لايكره . قال صاحب النهاية : هكذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير ، وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة . فإن الكحل لابد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ، ومع ذلك فقد ذكرها فى المحرمات . المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة ،

(قوله من آنية الذهب) أقول : والفضة كذلك (قوله قيل صورة الادهان المحرم ، إلى قوله : لا يكره) أقول : وفى شرح : ويحتمل هذا التفصيل فى الأكل والشرب أيضا (قوله وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة ، إلى قوله : فى المحرمات الخ) أقول : لكن المكتحل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها الميل ، بخلاف الآنية إذ لايحتاج فيه إلى الأخذ باليد .

والبلور والعقيق) وقال الشافعي : يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به . قلنا : ليس كذلك ، لأنه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة . قال (ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة) ومعناه : يتقي موضع الفم . وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس . وقال أبو يوسف : يكره ذلك . وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف . وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما . وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة . أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا . وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضا . وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا . وهذا الاختلاف فيما يخلص . فأما التمويه الذي

أي لأن الادهان في آنية الذهب أو الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلا من ذلك استعمال لها . والمحرّم هو الاستعمال بأيّ وجه كان لما فيه من التجبر والإسراف فيشمل الادّهان والتطيب أيضا . وفي النهاية قيل : صورة الادّهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصبّ الدهن على الرأس . أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره . كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير اهـ . قال صاحب العناية بعد نقل ذلك : وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فإن الكحل لابدّ وأن ينفصل عنها حين الاكتحال . ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى . أقول : يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتهما هو استعمالها . واستعمال آنية الذهب أو الفضة عند إرادة الادّهان منها إنما يتحقق في العرف والعادة بأخذ آنيتهما وصبّ الدهن منها على البدن لا بإدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبه على البدن . وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فإنما يتصوّر عادة بإدخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لايقدح في تحقق استعمالها فافترقا . واعترض صاحب التسهيل على ماقيل في صورة الادّهان المحرم بوجه آخر . وهو أنه يقتضي أن لايكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها . وكذا إذا أ... بيده وأكله منها . وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر مما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض أقول : منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم . أما الأول فلأن من في قولهم من إناء ذهب ابتدائية . وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات المصنوعة من المحرمات إنما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس . فإن الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أكل الطعام إنما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام منها باليد أو الملعقة ، لأنها وضعت لأجل ابتداء الأكل منها باليد أو الملعقة في العرف . وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها ، وكذا الأواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادّهان ونحوه إنما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد ، لأنها إنما صنعت لأجل الادّهان منها بذلك الوجه . وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها ، فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرّم ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نوع استدراك بل اختلال ، فإن قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه إياه بقوله أما الأول فلأن « من » في قولهم من إناء ذهب ابتدائية أمر زائد بل مختل . أما أولا فلأن المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من ، وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات ، وإنما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون . وأما ثانيا فلأنه لا تأثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره هاهنا ، إذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره ، سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء . يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم . ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال : والحق أن الفرق بين صور الادهان

وهي جديدة عريضة . والمشحذ : المسن . والثفر : ما يجعل تحت ذنب الدابة .

لايخلص فلا بأس به بالإجماع . لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره ، كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره . كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص . قال (ومن أرسل أجيرا له مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وإن كان

ليس بما ذكره المجيب . بل بوجود مماسة اليد بالإناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة . فإن للمماسة تأثيرا في الحرمة كما سيجيء من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة في الإناء المفضض أو المضبب وقت الشرب فتأمل انتهى . أقول : يرد على هذا الفرق الذى زعمه حقا النقض الذى أورده صاحب التسهيل . فإنه إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك . فالمخلص الكلى هنا إنما يحصل بالمصير إلى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لابغير ذلك ؛ وأما الإناء المفضض أو المضبب فبمعزل عما نحن فيه . فإنه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب . فاعتبر أبوحنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذى هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه . ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره) جمعهما في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسألة مع أبي يوسف وإن كان أفرد أبا يوسف في بيان الحكم فيما قبل . وأما صاحب الكافي فأفرده هاهنا أيضا حيث قال : احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهى . ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي : قلت ورد النهى عن الشرب في إناء الذهب والفضة كما سبق . وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع . وقال في الحاشية ردا لما في الكافي من احتجاج أبي يوسف . أقول : ليس ذلك بتام لأن ما ورد من النهى عن الشرب في إناء الذهب والفضة إن لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادهان منه ونحوه ، وكعمومه للأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما . فإن المدار في كلها تناول النهى الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به . وعن هذا قال في المحيط البرهانى محتجا بالعمومات الواردة بالنهى عن استعمال الذهب والفضة . ومن استعمل إناء كان مستعملا كل جزء منه فكره . وهذا لأن الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الإناء وغيره إنما كانت للتشبه بالأكاسرة والجبابرة . فكل ما كان بهذا المعنى يكره . بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لايكره لأن الرخصة جاءت في ذلك نصا . أما هاهنا بخلافه . إلى هنا لفظ المحيط تأمل . وقال الإمام الزيلعي في شرح الكنز : لأبي يوسف ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال «من شرب في إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه شيء من ذلك فإنه يجرجر في بطنه نار جهنم » رواه الدارقطني انتهى . ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك : قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبي حنيفة رحمه الله ، لكن لم نجده في روايات البخارى وغيره إلا خاليا عن زيادة « أو إناء فيه شيء من ذلك » وقال في الحاشية : رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى . أقول : عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخارى وغيره لايدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم ير محلها . وقد بين الإمام الزيلعي طريق إخراج ماذكره من الحديث حيث قال : رواه الدارقطني . فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك ردا له

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع) حكى أن هذه المسألة وقعت في دار أبي جعفر الدوانقي بحضرة أبي حنيفة وأئمة عصره رحمهم الله ، فقالت الأئمة : يكره ، فقيل لأبي حنيفة : ماتقول ؟ فقال : إن وضع فمه على الفضة يكره وإلا فلا ، فقيل له : ما الحجة فيه ؟ فقال : أرأيت لوكان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره ؟ فوقف كلهم وتعجب أبوجعفر . قال (ومن أرسل أجيرا له مجوسيا الخ) كلامه واضح .

غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه) معناه : إذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم . لأنه لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة . قال (ويجوز أن يقبل فى الهدية والإذن قول العبد والجارية والصبي) لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء . وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب فى الأرض والمبايعة فى السوق . فلو لم يقبل قولهم يؤدى إلى الحرج . وفى الجامع الصغير : إذا قالت جارية لرجل بعثنى مولاى إليك هدية وسعه أن يأخذها . لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسه لما قلنا (قال ويقبل فى المعاملات قول الفاسق . ولا يقبل فى الديانات إلا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس . فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدى إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان أو فاسقا

وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله معناه إذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم) أقول : كان الأظهر أن يقال : معناه إذا كان قوله غير ذلك بأن قال اشتريته من غير الكتابى والمسلم . لأن المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة . لا كون ذبيحة المسلم والكتابى مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فإنه من مسائل كتاب الذبائح وقد مرّ مستوفى . وعبارة المصنف توهم أصالة الثانى كما ترى . ثم إنه لو قال فى المتن : وإن قال غير ذلك بدل قوله وإن كان غير ذلك لكان أظهر من الكل . وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم ، إلا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله فى الجامع الصغير تبركا به (قوله لأنه لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : قوله لأنه لما قبل قوله فى الحل : يعنى فى قوله وسعه أكله . فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل فى الحرمة لأن الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى . أقول : فى تفسيره قول المصنف فى الحل بقوله يعنى فى قوله وسعه أكله ركاكة جدا . لأن قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو فى قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لأنه ثمرة قبول قوله فى ذلك . فلو كان مراد المصنف هاهنا بقوله فى الحل فى قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله فى قبول قوله فيما أخبر به . ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام . والحق عندى فى شرح كلام المصنف هنا أن يقال معنى لأنه لما قبل قوله فى الحل : أى فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودى أو نصرانى او مسلم فإنه يتضمن إثبات حلّ أكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله فى الحرمة : أى فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابى والمسلم فإنه يتضمن إثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح : قوله لما قلنا راجع إلى قوله لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء انتهى . أقول : لمانع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعث عادة على أيدى هؤلاء ، بخلاف إهداء غير أنفسهم من الهدايا فإنها تبعث عادة على أيديهم بلا مجال النكير من أحد . وقال صاحب الغاية : قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدى إلى الحرج ، وتبعه العينى . أقول : ولمانع أن يمنع أن عدم قبول قولهم فى إهداء مواليهم أنفسهم يؤدى إلى الحرج لإمكان إهدائهم على أيدى غيرهم من سائر العبيد والجوارى أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلا نادر لا يعدّ مثله مؤديا إلى الحرج بخلاف إهداء الهدايا مطلقا على أيدى غير جنس العبيد والجوارى والصبيان فإن فيه حرجا بينا سيما فى إهداء الأمور الخسيسة (قوله ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات إلا قول العدل)) قال فى التلويح : قيل ذكر فخر الإسلام فى موضع من كتابه أن إخبار المميز الغير العدل يقبل فى مثل الوكالة والهدايا

وقوله (لأنه لما قبل قوله فى الحلّ) يعنى فى قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل فى الحرمة . لأن الحرمة مرجحة على الحل دائما . وأتى برواية الجامع الصغير لأن الهدية فيها نفس الجارية . وقوله (لما قلنا) راجع إلى قوله لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء .

(قوله لأن الهدايا تبعث على أيدى هؤلاء عادة) أقول : يمكن أن يمنع اشتراك العادة .

كافرا أو مسلما عبدا أو حرا ذكرا أو أنثى دفعا للحرج . أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط ، فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق متهم والكافر لايلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم ، بخلاف المعاملات لأن الكافر لايمكنه المقام فى ديارنا إلا بالمعاملة . ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ، ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به . وفى ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأى .

من غير انضمام التحرى ، وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى وهو المذكور فى كلام الإمام السرخسى . ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير ، فقيل : يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لهذا فيشترط . ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ، ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان انتهى . أقول : يشكل على التوجيه الأول الفرق بين المعاملات والديانات لأن قول الفاسق يقبل فى الديانات أيضا بشرط التحرى كما سيأتى التصريح به فى الكتاب ، وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على إحدى الروايتين وهى رواية الاشتراط ، فالظاهر المناسب عندى هو التوجيه الثانى . فإن الفرق المذكور يستقيم حينئذ ، إذ لارخصة لقبول قول الفاسق فى الديانات بدون التحرى (قوله ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح : وظاهر الرواية أصح لأنه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن أصل أبى حنيفة فى الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة إذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر فى كتاب الشهادات فكان أحد شطرى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ، ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا محدودا فى قذف .» ففى غير ظاهر الرواية أيضا لم يلزم عدم اعتبار أحد شطرى الشهادة لم يبق لذكرهم على أصحية ظاهر الرواية . ويمكن أن يقال : ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبى حنيفة فى الشهادة بل على مايقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتماد برواية المستور مالم تتبين عدالته ، كما لم تعتبر شهادته فى القضاء عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله مالم يظهر عدالته . وعن هذا قال المصنف فى كتاب الشهادات : والفتوى على قولهما فى هذا الزمان . ويؤيد هذا التوجيه ماذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الأئمة السرخسى حيث قال : قال شمس الأئمة السرخسى فى أصوله : وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه بمنزلة العدل فى رواية الأخبار لثبوت العدالة ظاهرا بالحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن عمر رضى الله تعالى عنه «المسلمون عدول بعضهم على بعض » ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات إذا لم يطعن الخصم ، ولكن ماذكره فى الاستحسان أصح فى زماننا ، فإن الفسق غالب فى أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور مالم تتبين عدالته ، كما لاتعتبر شهادته فى القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى . وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور فى ظاهر الرواية : أى ولا يقبل قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله . ثم قال : وجه الظاهر أنه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى . فإنه جعل ما ذكروه وجها لأصحية ظاهر الرواية وجها لنفس ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، فيرد عليه قطعا أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطرى الشهادة عند أبى حنيفة ، بل يكفى ظاهر العدالة عنده فى قبول الشهادة ، ولايخفى أن ظاهر العدالة متحقق فى المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة فى قبول قوله فى الديانات فى ظاهر

وقوله (ولا يقبل فيها) أى فى العبادات (قول المستور) وقوله (جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به يعنى إذا لم يطعن الخصم ، وظاهر الرواية أصح لأنه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة . وقوله (حتى يعتبر فيهما) أى فى الفاسق والمستور إذا أخبر بنجاسة الماء (أكبر الرأى)

قال (ويقبل فيها قول العبد والحرّ والأمة إذا كانوا عدولا) لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه . فمن المعاملات ماذكرناه ، ومنها التوكيل . ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء حتى إذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتيمم ، ولو كان المخبر فاسقا أو مستورا تحرّى ، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به . وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط ، ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة . أما التحرّى فمجرد ظن . ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى ، وهذا جواب الحكم . فأما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا . ومنها الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك . وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى .

الرواية عنه فتدبر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحرّ والأمة إذا كانوا عدولا) أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن ذكر الحر هاهنا خال عن الفائدة ، إذ لايشتبه على أحد قبول قول الحر فى كل أمر خطير إذا كان عدلا ، بخلاف العبد والأمة ، ولعل صاحب الكافى ذاق بشاعة ذكر الحرّ هاهنا فقال : ويقبل فيها قول العبد والأمة إذا كانا عدلين بدون ذكر الحرّ . قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : وقوله ويقبل فيها : أى فى الديانات قول الحرّ والعبد والأمة لأن خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولا كما فى رواية الأخبار انتهى : أقول : قد زاد هذا الشارح فى الطنبور نغمة حيث أتى بمحذور آخر فى كلام نفسه فإنه قال : لأن خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحرّ ولا شك أن كلمة هؤلاء من جموع أسماء الإشارة فتكون هاهنا إشارة إلى الأشياء الثلاثة المذكورة وهى العبد والحرّ والأمة ، فيصير معنى كلام الشارح المذكور : لأن خبر العبد والحرّ والأمة فى أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به فى المشبه ولا يخفى فساده . وقال صاحب النهاية : ويقبل فيها : أى فى الديانات قول العبد والحرّ والأمة . لأن فى أمور الدين خبر العبد كخبر الحرّ كما فى رواية الإخبار ، وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع . أقول فى كلامهما أيضا نوع محذور ، لأنهما جعلا الحرّ مقيسا عليه أو مشبها به ، وهو داخل أيضا فى المدعى هاهنا فكان مما يلزم إثباته أيضا هنا . فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به لأحد قرينيه قبل أن يتبين حال نفسه . فالتعليل التام الشامل للكل ماذكره المصنف بقوله لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول : هذا مشكل عندى . لأنه إذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده ، فإذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الأعضاء وإذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته مالم تطهر . والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر وإلا لم يجز التيمم فكان ينبغى أن يكون الاحتياط إذ ذاك فى ترك الإراقة لتأديها إلى محذور شديد ، بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما إذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتى من بعد ، فإن التيمم هناك بشىء طاهر فلا يلزم محذور أصلا فليتأمل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة) أقول : لقائل أن يقول : لانسلم

وقوله (ويقبل فيها) أى أى فى الديانات قول العبد والحر والأمة : لأن خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولا كما فى رواية الأخبار لأنه يلتزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه إلى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير . وقوله (ماذكرناه) إشارة إلى الهدية والإذن . وقوله (فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعنى حكما لا فى الاحتياط والاحتياط فى التيمم بعد الوضوء : وإن لم يترجح أحد الوجهين . قيل الأصل الطهارة . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله أما التحرّى فمجرد ظن ففيه احتمال الخطأ ، وقوله (ومنها) أى من الديانات (الحل والحرمة) يقبل فيهما خبر الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك كالإخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الأكل ولا الإطعام لأنها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه . لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره . وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك . وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل ، كما إذا أخبر رجل أو امرأة عدل للزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة . بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الحرمة هاهنا مع بقاء النكاح غير متصوّر فكان متضمنا لزوال الملك . فإن قيل : قد تقدم قوله لأنه لما قبل قوله

قال (ومن دعى إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله : ابتليت بهذا مرّة فصبرت . وهذا لأن إجابة الدعوة سنة . قال عليه الصلاة والسلام « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره . كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة . فإن قدر على المنع منعهم . وإن لم يقدر يصبر . وهذا إذا لم يكن مقتدى به . فإن كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد . لأن فى ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين . والمحكى عن أبي حنيفة رحمه الله فى الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به . ولو كان ذلك على المائدة لاينبغي أن يقعد .

سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر . كيف وقد صرحوا فى علم الأصول بأن خبر الواحد العدل وإن كان صحابيا لايوجب اليقين . بل احتمال الكذب قائم وإن كان مرجوحا . وإلا لزم القطع بالنقيضين عند إخبار العدلين بهما ولهذا قالوا إنه لايفيد إلا غلبة الظن دون اليقين . ويوافقه قول المصنف فيما مرّ لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه . والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب فى قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذى يعتدّ به شرعا دون مطلق الاحتمال . وعن هذا قال صاحب الكافى : ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعا لأنها عبارة عن الانزجار عن المعاصى والكذب منها فكان منزجرا عنه انتهى . فإن قلت : إذا بقى احتمال مّا للكذب فى العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالإراقة . قلت : مراده أنه لامعنى للاحتياط بالإراقة فى صورة العدالة احتياطا بها مثل الاحتياط بها فى صورة التحرّى فى خبر الفاسق أو المستور . فإن قلت : إذا كان مفاد خبر العدول هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف فى مقابلة ذلك وأما التحرى فمجرد ظن ؟ قلت : معناه أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن . بخلاف عدالة المخبر فإن الحاصل هناك غلبة الظن وهى أقوى من الأول فافترقا (قوله وهذا لأن إجابة الدعوى سنة . قال عليه الصلاة والسلام « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره . كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة) قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم . [illegible] تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة . وأجيب بأنها سنة فى قوّة الواجب لورود الوعيد على تاركها : قال صلى الله عليه وسلم « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا [illegible] » كذا فى العناية وعامة الشروح . أقول : الجواب منظور فيه . لأنهم إن أرادوا بقولهم إنها سنة فى قوّة الواجب أنها مثل الواجب فى الأحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق مايثبت فى الواجب . فهو مشكل على قواعد علم الأصول . إذ قد تقرّر فيه كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له فى الأحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب ما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه . والسنة مما كان

أى قول المجوسى فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة . وهو يدل على أن العدالة فى الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا . أجيب بأن ذلك كان ضمنيا . وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا . فلا تناقض لأن المراد هاهنا ما كان قصديا . قال (ومن دعى إلى وليمة أو طعام الخ) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع . قوله (كصلاة الجنازة) قيل عليه إنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فإنه لايلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة . وأجيب بأنها سنة فى قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها . قال صلى الله عليه وسلم « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » ويجوز أن يقال : وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة . وقوله (فإن قدر على المنع منعهم . وإن لم يقدر يصبر) ليكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده » الحديث . وقوله (ولو كان على المائدة ينبغى أن لايقعد) يشير إلى أن ماتقدم إنما جاز إذا كان الغناء فى ذلك المنزل ولم يكن على المائدة . لأنه لم يدخل تحت المعية . وأما إذا كان على المائدة

(قوله أجيب بأن ذلك كان ضمنيا) أقول : ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا ، لأن المراد بالعدل هنا المسلم المرضى كما نص عليه المصنف هنا (قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يقال : ليس بقياس كما يشير إليه قوله وجه التشبيه . وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل .

فعله أولى من تركه بلا منع تركه . وإن تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لايستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك فى الأحكام . وإن أراوا بقولهم إنها سنة فى قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لايجدى نفعا فى دفع السوءال . إذ لايلزم من تحمل المحذور لإقامة الواجب تحمله لإقامة السنة . وإن كانت موءكدة تأكدا تاما لظهور التفاوت بينهما فى الحقيقة والأحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لاواجب محض . فعلى تقدير أن يكون إجابة الدعوة فى حكم الواجب بل نفس الواجب لايندفع السوءال أيضا . إذ لايلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعى دون الواجب . ولهذا يكفر جاحد الأول دون الثانى فلا وجه للقياس . وأجاب صاحب العناية عن السوءال المذكور بوجه آخر حيث قال : ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة اه. أقول : ليس هذا بشىء . لأن تشبيه إجابة الدعوة بصلاة الجنازة فى مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما فى القوة والضعف لايفيد شيئا فقهيا . فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشى له . ثم أقول : يمكن أن يجاب عن ذلك السوءال بوجه آخر . وهو أن إجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا ابتداء إلا أنها تنقلب إلى الواجب بقاء : أى بعد الحضور إلى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه إجابتها كما أشار إليه المصنف فيما بعد . فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فإنها تنقلب إلى الواجب بل إلى الفرض بالتزام إقامتها بالشروع فيها كما تقرر فى محله . ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك إجابة الدعوة كما سيجىء . فيكون قوله كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب فى المآل فيندفع الإشكال . ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح رد الدليل المذكور فى الكتاب حيث قال لا . لأن إجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنازة يحضرها النياحة . لأنه إن أراد مطلق الدعوة فلا نسلم أن إجابتها سنة . وإن أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب . بل لأن حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لاقبله . إلى هاهنا كلامه . وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال : ثم المراد بالإجابة المسنونة فى قوله لأن إجابة الدعوة سنة مايعم الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب الدليل . لأن فرض المسئلة فى دعوة اقترنت بلهو وفيها لاتسن الإجابة ابتداء كما سيجىء . فإذا عرف المدعو ذلك قبل الإجابة لايجب عليه الإجابة أصلا . وأما إذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمة يجب عليه الجلوس والصبر والأكل . وهذا إجابة انتهاء . فبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ماقيل إن أراد بقوله لأن إجابة الدعوة سنة أن إجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجىء أن الدعوة إذا قارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة . وإن أراد أن إجابة الدعوة على وجه السنة كذلك فلا يتم التقريب . ووجه الاندفاع ظاهر . لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم فتأمل . إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : لايذهب على ذى فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء . أما خلوه عن التحصيل ابتداء فلأنه لامعنى لإجابة الدعوة انتهاء فقط . إذ لايتصور تحقق إجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء . لأن عدم تحقق إجابة الدعوة من المدعو ابتداء إنما يصور بعدم مجيئه إلى محل الدعوة أصلا لأجل إجابة تلك الدعوة . فإذن كيف يتصور منه إجابة تلك الدعوة انتهاء . وإجابتها انتهاء فرع مجيئه إلى محل الدعوة أولا وليس فليست . وإنما الذى يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الإجابة ابتداء فقط . كما إذا دعى إلى وليمة أو غيرها فأجاب وذهب إلى محل الدعوة فوجد ثمة لعبا أو غناء فلم يقعد ولم يأكل فإنه يوجد هناك الإجابة ابتداء لا انتهاء كما لايخفى . وصورتها الشرعية فيما إذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجىء فى الكتاب . والعجب أن ذلك القائل ذكر الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط . ولم يذكر الإجابة ابتداء فقط . وكتب تحت قوله والإجابة انتهاء فقط . أما عكسه وهو القسم الثالث هاهنا فلا يتصور وقوعه اه . فزعم ماهو متصور

وإن لم يكن مقتدى لقوله تعالى ـ فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ـ وهذا كله بعد الحضور . ولو علم قبل الحضور لا يحضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة . بخلاف ما إذا هجم عليه لأنه قد لزمه . ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب .

الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ؛ ولم يدر أن تحقق انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لايخفى . وأما خلوّ كلامه عن التحصيل انتهاء فلأن الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم أنه اختار كون المراد أن إجابة مطلق الدعوة سنة . لأن عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء كان من متفرعات منع ذلك . ولكن ماذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد . لأنه إذا علم المدعوّ قبل الحضور أن الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الإجابة أصلا كما سيجيء في الكتاب . وذكره ذلك القائل أيضا في أثناء كلامه ، ويكفي لسند منع أن إجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط . فلا وجه لقوله لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم . لأن لزوم حق الدعوة للمدعوّ انتهاء إذا هجم عليه إنما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الأولى التي هي السند للمنع المذكور ، ولا شك أنه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الأولى لا ابتداء ولا انتهاء . فكيف يكون ماذكره وجها للاندفاع . والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الإصلاح والإيضاح اختيار الشق الثاني من ترديده . وهو كون المراد أن إجابة الدعوة على وجه السنية فتكون الإجابة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على ثلاثة أوجه : الأول إن دعي إلى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلا . والثاني إن دعي إلى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيئا من البدع ولم يعلمه المدعوّ قبل الحضور ولكن هجم عليه . والثالث إن دعي إلى ذلك وذكر أن ثمة شيئا من البدع فعلمه المدعوّ قبل الحضور . ففي الوجهين الأولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الإجابة سنة . وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الإجابة لازمة للمدعو أصلا ، والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الأوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لايحضر) أقول : لقائل أن يقول : الحديث المذكور يعم [illegible] ماقبله ، إذ قد تقرر في علم الأصول أن المعرف باللام إذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق ، والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام « من لم يجب [illegible] أبا القاسم » معرفة باللام . ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة . والجواب أنه إن كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص [illegible] وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص مهما أمكن ، وقد دعت الضرورة إلى الصبر فيما إذا علم بعد الحضور لأنه قد لزمه حق الدعوة . بخلاف ما إذا علم قبل الحضور إذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترقا (قوله ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب) لأن محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام ، كذا في العناية ، وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي ، وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا : فاللعب وهو اللهو حرام

كان قاعدا مع القوم الظالمين وقوله (ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام) لأن محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام . لايقال : الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى ـ اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو ـ والحياة الدنيا ليست بحرام لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو ، واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله « لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث : تأديبه لفرسه ، ورميه عن قوسه ، وملاعبته مع أهله » . وقوله (بضرب القضيب) عني به خشب الحارس .

(قال المصنف : ولو علم قبل الحضور لايحضره) أقول : فيه كلام لأن الحديث ينتظمه (قوله لقوله تعالى ـ اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ـ الخ) أقول : المراد بها أمور الدنيا : أعني ما لايتوصل به إلى الفوز الآجل (قوله ليس بحرام) أقول : يعني مطلقا (قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو الخ) أقول : لكن القياس الأول يقتضي الكلية كما لا يخفى . ثم إن الأولى أن يجاب بأن الكلام على التشبيه فليتأمل (قوله وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام) أقول : فيه نظر يظهر وجهه بالنظر في كتب التفاسير .

بالنص ، قال النبيّ صلى الله عليه وسلم « لهو المؤمن باطل إلا فى ثلاث : تأديبه فرسه » وفى رواية « ملاعبته بفرسه : ورميه عن قوسه ، وملاعبته مع أهله » وهذا الذى ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى . أقول : فيه كلام ، أما أولا فلأن زيادة قولهم بالنص فى قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص ، والكلام فى لالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب ، بخلاف ما إذا لم يؤت بتلك الزيادة إذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام إذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو إطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء ، فيصير حاصل التعليل أن محمدا لما أطلق اسم اللعب والغناء فى هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذى هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى . وأما ثانيا فلأن قولهم وهذا الذى ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ينافى قولهم فى أول التعليل لأن محمدا أطلق اسم اللعب والغناء ، إذ على تقدير أن لايكون ما ذكره محمد فى هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لايكون اسم اللعب فيها مطلقا ، بل أن يكون مقيدا بغير هذه الثلاث . لايقال : مرادهم بإطلاق محمد اسم اللعب إطلاقه بالنسبة إلى ماعدا هذه الثلاث لابالنسبة إلى كل لعب فلا تنافى . لأنا نقول : لايساعده لفظ محمد لأنهم إنما أخذوا إطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء . ولا يخفى أن قوله المذكور إنما يقتضى الإطلاق بالنسبة إلى جنس اللعب لا بالنسبة إلى بعض منه وهو ماعدا الثلاث المذكورة . ثم أقول : بقى شىء فى أصل كلام المصنف ، وهو أنه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهى كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة فى الحديث أيضا ولم يقل بها أحد . اللهم إلا أن يقال : تلك الثلاث مستثناة فى كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة فى الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك . ثم إن صاحب العناية قال : لايقال ه الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى ـ اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو ـ والحياة الدنيا ليست بحرام لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام ، وهو ما استثناه النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله « لهو المؤمن باطل إلا فى ثلاث : تأديبه فرسه ، ورميه عن قوسه ، وملاعبته مع أهله » انتهى كلامه . أقول : أراد بالقياس فى قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقى الذى ذكر فى السؤال على الشكل الثالث من الأشكال الأربعة بقسمة الاقترانى وبالحاصل منه نتيجته ، وأشار بقوله بعض اللهو واللعب إلى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لاينتج إلا جزئية كما تقرر فى موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا : لكن القياس الأول يقتضى الكلية كما لايخفى ، فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لاغير . وقال بعض المتأخرين هنا : إن شرط إنتاج الشكل الثالث كلية إحدى مقدمتيه وهى هاهنا منتفية انتهى . أقول : ليس هذا أيضا بصحيح ، إذ الظاهر أن كلتا مقدمتى القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وإن حمل السلب فى الثانية على رفع الإيجاب الكلى دون السلب الكلى فكلية الأولى مقررة ، وأداة صور الكلية هى اللام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا ، وليست أداة صورها بمنحصرة فى لفظة كل ، بل كل مايدل على الكلية من الألفاظ فهو أداة صورها كما صرحوا به . ثم أقول : فى الجواب الذى ذكره صاحب العناية نظر ، فإن قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد . وأما قوله وهو ما استثناه النبىّ عليه الصلاة والسلام فلا ، لأن القياس المذكور إنما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام ، فإن الذى كان حدّا أوسط فى ذلك القياس هو الحياة الدنيا ، فهى المراد بالبعض فى النتيجة ، ونظير هذا ما إذا قلنا كل إنسان حيوان ولا شىء من الإنسان بفرس ، فإنه ينتج أن بعض الحيوان الذى هو الإنسان ليس بفرس لا أن بعضه أى بعض كان ليس بفرس ، وإلا لم يكن للحدّ الأوسط تأثير ودخل فى النتيجة وليس كذلك قطعا ، وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان .

وكذا قول أبى حنيفة رحمه الله ابتليت ، لأن الابتلاء بالمحرم يكون .

فإذا كانت النتيجة فى القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذى هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة فى الحديث لأن مالا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ماذكره من الجواب لايحسم مادة السؤال لإمكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائى . ويقال : لوكانت الملاهى كلها حراما لكانت الحياة الدنيا أيضا حراما لأنها لعب ولهو . لقوله تعالى ـ اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو ـ ولكن الحياة الدنيا ليست بحرام ينتج أن الملاهى كلها ليست بحرام . ولا شك أن الجواب المذكور لايتمشى حينئذ . فالصواب فى الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى ـ اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كاعب ولهو على طريق التشبيه البليغ : يعنى أنها كاللعب واللهو فى سرعة فنائها وانقضائها . صرح به فى التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لايخفى (قوله وكذا قول أبى حنيفة ابتليت لأن الابتلاء بالمحرم يكون) يعنى ودل أيضا قول أبى حنيفة ابتليت على أن الملاهى كلها حرام ، لأن الابتلاء لايكون إلا بالمحرم ، وقد أشار إلى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل فى قوله بالمحرم يكون . أقول : لقائل أن يقول : دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمة مسلمة بناء على أن الابتلاء لايكون إلا بالمحرم . وأما دلالته على حرمة كل الملاهى كما هو المدعى فممنوعة ، كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى . ولا شك أن ما ابتلى به مرة لايكون كل الملاهى . بل إنما يكون شيئا معينا منها . واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فى شرح الوقاية . قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ، ويمكن أن يقال : إن الصبر على الحرام لإقامة السنة لايجوز . والصبر الذى قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به اه . أقول ذلك ساقط . لأن إجابة الدعوة وإن كانت سنة ابتداء إلا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لا لتزامه الإجابة بالحضور . كما هو الشأن فى سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فإن كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لإقامة الواجب فيجوز كما فى صلاة الجنازة إذا حضرتها النياحة ، وقد مر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر . ثم إن جواز كون أبى حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لايدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه ، إذ قد ذكر فى الكافى والشروح أن الصدر الشهيد روى فى كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « استماع الملاهى معصية ، والجلوس عليها فسق . والتلذذ بها من الكفر » ومداول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على فسق اللهو فأنى يتصور اختيار ذلك من مثل الإمام الأعظم لو لم يعارض وجوب إجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل . وقد أورد صاحب الإصلاح والإيضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما فى أول إيراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهى لأن الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فإن الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام « من ابتلى بالقضاء » الحديث . ثم إن الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لايجوز ، لأن السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور ، فالظاهر أنه جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو ، فعلى هذا لايكون مبتلى بحرام انتهى . وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحريف وعزاه فى الحاشية إلى صاحب الإصلاح والإيضاح ، ثم قصد رده فأتى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والجرح تركنا ذكره وبيان مافيه تحاشيا عن الإطناب الممل . ومن شاء فليراجع كتابه .

وقوله (وكذا قول أبى حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة .

(فصل فى اللبس)

قال (لايحلّ للرجال لبس الحرير ويحلّ للنساء) «لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال : إنما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة » وإنما حل للنساء بحديث آخر . وهو ما رواه عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم علىّ رضى الله عنه « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال : هـذان محرمان على ذكور أمتى حلال لإناثهم » ويروى « حلّ لإناثهم »

(فصل فى اللبس)

قال صاحب النهاية : لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر مايتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لأن الاحتياج إلى اللبس أشدّ منه إلى الوطء ، انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب العناية فى هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر. أقول : صدور هذا التوجيه منهما فى غاية الاستبعاد فإن مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الأول المعقود لبيان الأكل والشرب ، وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالأكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لأن تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى . والصواب فى وجه الترتيب أن يقال : قدم فصل الأكل والشرب لأن احتياج الإنسان إلى الأكل والشرب أشد ، وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لأن احتياج الإنسان إلى اللبس أكثر من احتياجه إلى الوطء لتحقق الأول فى جميع الأوقات دون الثانى ، وقد أشير إلى هذا التوجيه فى معراج الدراية (قوله وإنما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدّة من الصحابة إلى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء ، واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول : وإنما حل للنساء بحديث آخر . فإن قيل : المحرم والمبيح إذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كى لايلزم النسخ مرتين ، وهنا لو تأخر قوله عليه الصلاة والسلام « هذان حرامان الحديث ، يلزم النسخ مرتين فى حق الإناث فيجعل قوله عليه الصلاة والسلام «حلّ لإناثهم» مقدما . قلنا : قوله «إنما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة» يحتمل أن يكون بيانا لقوله «حرامان على ذكور أمتى» لأن هذا وعيد لابيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ، ولأن قوله « هذان حرامان » الحديث نص لبيان التفرقة فى)

(فصل فى اللبس)

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل مايحتاج إليه الإنسان ، وقدم اللبس لكثرة الاحتياج إليه . قال (لايحلّ للرجال لبس الحرير ويحلّ للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم « إنما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة » وهو عام فى الذكر والأنثى لزم أن يقول (وإنما حلّ للنساء بحديث آخر) فإن قيل : الحديث الدال على حله لهن إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان ، لأن العام كالخاص فى إفادة القطع عندنا ، أو لايعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين. فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير ، وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم ، وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع . فإن قيل : قوله صلى الله عليه

(فصل فى اللبس)

(قوله لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول : فيه بحث ، فإن أول الفصول معقود لبيان الأكل والشرب كما ترى ، وقبول الأخبار وغيره مذكور لأجله لتعلقه به ، والتعميم بمثل المتوضئ إذا أخبر بنجاسة الماء ليتمم الفائدة ، وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول : بل المقدم هو الأكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام « إنما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة » وهو عام فى الذكر والأنثى) أقول : لم يتعرض لعموم النهى لأظهرية العموم فيما ذكره ، مع أنه فسر قول المصنف . لما العمومات بالنهى عن لبس الحرير أيضا لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال فى النهى مستندا بلفظ «لاتلبسوا» (قوله إما أن يكون قبل الأول فينسخ به الخ) أقول : فإن قيل : ينبغى أن ينسخ أيضا فى الوجه الأول . قلنا : للمحرم رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول : بل ينسخ الأول به فلا تمشية للسؤال وهو حاصل الجواب (قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول : على أن الإباحة الأصلية

(إلاأن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة» أراد الأعلام . وعنه عليه الصلاة السلام «أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير» . قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة ، وقالا : يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف ، وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ .

حق الحلّ والحرمة للذكور والإناث. وقوله «إنما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة» لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجح على الظاهر. أو نقول : الدليل دل على أن مقتضى الحلّ للإناث متأخر. وهو استعمال الإناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير ، وهذا آية قاطعة على تأخره . كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية . قال صاحب العناية في تقرير السؤال : والجواب هنا . فإن قيل : الحديث الدالّ على حله لهنّ إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان ، لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا أو لايعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين . فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير . وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم ، وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه . أقول : تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد ؛ لأن الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى ، فإنه إن أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح ، إذ المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوّة ، وإنما التساقط فيما إذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كل ذلك في علم الأصول ، وإن أراد بذلك أنهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال . وأقول : في الجواب الذي ذكره أيضا شيء ، وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات أنه قال بعض الفقهاء : لبس الحرير حرام على النساء أيضا لعموم النهي . ولما حدّث الطحاوي عن أبي بكرة عن أبي داود عن شعبة قال : أخبرني أبو ذبيان قال : سمعت ابن الزبير يخطب يقول : يا أيها الناس لاتلبسوا نساءكم الحرير فإني سمعت عمر بن الخطاب يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة» فقد ظهر أن بعض الفقهاء مثل ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب إنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتأمل . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : قوله صلى الله عليه وسلم «هذان حرامان» إشارة إلى جزئيين ، فمن أين العموم ؟ أجيب بأن المراد الجنس ، ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى . أقول : فيه بحث ، وهو أنه قد تقرّر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارته وإشارته ترجح على دلالته ؛ فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار إليه في قوله عليه الصلاة والسلام «هذان حرامان» الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجح الحديث الدال عبارة أو إشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والأنثى كقوله عليه الصلاة والسلام «إنما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة» على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار إليه في هذا الحديث للنساء ، فيلزم أن لاينهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار إليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة . وقالا : يكره) قال الشراح : يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس . ومأخذهم الخلاصة فإنه قال فيها : والرجل والمرأة في هذا سواء ، بخلاف اللبس . وعن هذا قال في النهاية ، كذا في الخلاصة . وقال في معراج الدراية : ذكره في الخلاصة . أقول : تعميم قول الإمامين هنا للمرأة أيضا

وسلم «هذان حرامان» إشارة إلى جزئيين فمن أين العموم ؟ أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره يلحق به بالدلالة . وقوله (قالا : ويكره) يعني للرجل والمرأة جميعا ، بخلاف اللبس .

ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرر النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف : إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول : الأصبع يذكر ويؤنث ، فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة (قوله وقالا : يكره يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول : كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام «حلال لإناثهم» .

وكذا الاختلاف فى ستر الحرير وتعليقه على الأبواب . لهما العمومات ؛ ولأنه من زىّ الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام . وقال عمر رضى الله عنه : إياكم وزىّ الأعاجم . وله ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة حرير » . وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير . ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال . والجامع كونه نموذجا على ما عرف . قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج فى الحرب عندهما) لما روى الشعبى أنه عليه الصلاة والسلام رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب » ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب فى عين العدوّ لبريقه (ويكره عند أبى حنيفة) لأنه لا فصل فيما رويناه . والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذى لحمته حرير وسداه غير ذلك . والمحظور لايستباح إلا لضرورة .

مشكل . فإن قول النبى صلى الله عليه وسلم «حلال لإناثهم» ليس بمقيد باللبس بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا . وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما هاهنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذى روته جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم (قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية : وهى ماذكره من قوله « نهى عن لبس الحرير » وقوله « إنما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة » وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم ، فقالوا : لم أعرضت عنا؟ قال : لأنى رأيت عليكم ثياب أهل النار انتهى . واقتفى أثره صاحب العناية فى بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات . أقول : حمل العمومات على هذه المذكورات لايكاد يتم . لأن مدلول كل من هذه المذكورات إنما هو حرمة لبس الحرير . والكلام هاهنا فى توسده والنوم عليه . والظاهر أنهما ليسا بلبس . إلا أن يقال لمن توسد شيئا أو نام عليه إنه لبسه لا فى اللغة ولا فى العرف فأنى يوجد العموم . اللهم إلا أن يقال : التوسد والافتراش وإن لم يكونا لبسا فى الحقيقة إلا أنهما فى حكم اللبس فى تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصار ملحقين باللبس عندهما ، وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لاعبارة لكنه تعسف جدا كما لايخفى . وقال تاج الشريعة فى بيان العمومات . هى « وهذان حرامان » الحديث . وقوله عليه الصلاة والسلام « لأن أتكئ على جمرة الغضا أحبّ إلىّ من أن أتكئ على موفقة حرير » وعن علىّ رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرجها حرير فقال : هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة انتهى . واقتفى أثره صاحب الكفاية فى هذا البيان . أقول : هذا أشبه من الأول . ولكن فيه أيضا شىء . فإن العموم فى الحديث الأول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشىء من اللبس والتوسد وغيرهما . وأما فى الأخيرين فلا . لأن الثانى مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل فى السرج من القعود والافتراش فلم يظهر فى شىء منهما العموم إلا أن ينظر فى الثالث إلى مجرد قوله هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى (قوله والمحظور لايستباح إلا لضرورة) قال بعض المتأخرين : قوله والمحظور لايستباح إلا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح فى غير الحرب أيضا . فحق التعبير والضرورة اندفعت بإباحة الأدنى فلا حاجة إلى استباحة الأعلى ؛ ولو حملنا المعنى على المحظور لايستباح إلا لضرورة فإذا أمكن اندفاعها بالأدنى منه لايصار إلى استباحة الأعلى

وقوله (لهما العمومات) يريد به قوله « نهى عن لبس الحرير » وقوله « وإنما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة » وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير . فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم . فقالوا : لم أعرضت عنا ؟ قال : لأنى أرى عليكم ثياب أهل النار . والمرفقة بكسر الميم : وسادة الاتكاء . وقوله (والجامع كونه نموذجا) يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له فى الآخرة منه ليرغب فى تحصيل سبب يوصله إليه . وقوله (لافصل فيما رويناه) يريد به قوله صلى الله عليه وسلم « هذان حرامان على ذكور أمتى » .

(قوله يريد به قوله نهى عن لبس الحرير) أقول : التوسد والنوم عليه ليس لبسا فكيف يستدل به . إلا أن يقال ذلك فى معناه . وقد مر مثله فى الفصل الأول .

وما رواه محمول على المخلوط . قال (ولا بأس يلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز فى الحرب وغيره) لأن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخزّ ، والخزّ مسدى بالحرير ، ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى. وقال أبو يوسف : أكره ثوب القزّ يكون بين الفرو والظهارة ، ولا أرى بحشو القزّ بأسا لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس . قال (وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به فى الحرب) للضرورة (ويكره فى غيره) لانعدامها ، والاعتبار للحمة على مابينا .

كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا بشىء ، فإن جميع مقدماته مجروح . أما قوله والمحظور لايستباح إلا لضرورة يوهم أن مالحمته حرير وسداه غير مباح فى غير الحرب أيضا ، فلأن ذلك الإيهام إنما يتصور أن لو تحققت الضرورة فى غير الحرب أيضا وليس فليس . وأما قوله فحقّ التعبير والضرورة اندفعت بإباحة الأدنى فلا حاجة إلى استباحة الأعلى فلأن حق التعبير كيف يكون ذلك . ويرد عليه أن يقال : يجوز أن يكون استباحة الأعلى للتوسعة بها لا للحاجة إليها فلابد فى دفع ذلك من المصير إلى قول المصنف والمحظور لايستباح إلا لضرورة . وأما قوله ولو حملنا المعنى إلى قوله كان الكلام من قبيل الإيجاز المخلّ فلأنه إنما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الإيجاز المخل أن لو كان قوله فإذا أمكن اندفاعها بالأدنى منه لايصار إلى استباحة الأعلى مقدرا فى كلام المصنف . وأما إذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهى قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الإيجاز المخلّ فى الكلام الذى ذكره المصنف كما لايخفى ؛ وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة . أعنى قوله والمحظور لايستباح إلا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهى قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط . ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع فى الجواب عن دليلهما العقلى وهو قولهما ولأن فيه ضرورة الخ ، وقد اعترف به ذلك البعض فى شرحه المقام . ثم لايذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لايتم بمقدمة واحدة ، فقوله والمحظور لايستباح إلا لضرورة من تمام الجواب . والمعنى أن المحظور الشرعى لايستباح إلا لضرورة ، والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذى ... فلا مجال لاستباحة الخالص منه ، فالمقدمة الثانية فى تقرير المصنف مقدمة فى المعنى إلا أنه أخرها فى الذكر لكون مساس المقدمة الأولى بدليلها العقلى أكثر ، وتأثيرها فى الجواب عن ذلك الدليل أظهر ، فلا غبار فى كلام المصنف هاهنا أصلا تأمل ترشد (قوله وما رواه محمول على المخلوط) أقول : فيه نظر . لأن ما رواه ترخيص النبى صلى الله عليه وسلم فى لبس الحرير والديباج فى الحرب والحمل على المخلوط إن صح فى الحرير لايصح فى الديباج ، لأن الديباج فى اللغة والعرف ماكان كله حريرا . قال فى المغرب الديباج الذى سداه ولحمته إبريسم . وقال الشراح : جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة : الأول مايكون كله حريرا وهو الديباج لايجوز لبسه فى غير الحرب بالاتفاق ، وأما فى الحرب فعند أبى حنيفة لايجوز وعندهما يجوز . والثانى مايكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه فى الحرب وغيره . والثالث عكس الثانى وهو مباح فى الحرب دون غيره . فقد صرحوا فى كلامهم هذا بأن الديباج ماكان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط فى حقه (قوله ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى) قال جمهور الشراح فى تعليل هذا لأن الحكم إذا

وقوله (والخزّ مسدى بالحرير) قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان فى الماء . وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة : الأول مايكون كله حريرا وهو الديباج لايجوز لبسه فى غير الحرب بالاتفاق ، وأما فى الحرب فعند أبى حنيفة رحمه الله لايجوز ، وعندهما يجوز وقد مرّ الوجه من الجانبين . والثانى ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه فى الحرب وغيره ، لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا واللحمة كذلك . والثالث عكس الثانى وهو مباح فى الحرب للضرورة وهو إيقاع الهيبة فى عين العدو لبريقه ودفع معرّة السلاح ، ولا ضرورة فى غيره فيكون مكروها . وقوله (على مابينا) إشارة إلى قوله لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة . روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ماكان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا ، قال : «خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم . وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته

قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لأنها فى معناه (إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقا لمعنى النموذج . والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد ، كيف

تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى . وقال بعض المتأخرين : وقد يقال لأن الثوب لايكون ثوبا إلا بهما ، والشيء إذا تعلق وجوده بشيئين يضاف إلى آخرهما وجودا . أقول : لايخفى أن المصنف لم يعتبر فى التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه إلى المقدمة القائلة : إذا تعلق وجود شيء بشيئين يضاف إلى آخرهما وجودا ، فيكون كل مما ما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشدك إليه قول الزيلعى لأن الثوب لايصير ثوبا إلا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة . أو نقول : الثوب لايكون ثوبا إلا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى . لكن لايخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل الثانى ، ولهذا عدل عنه صاحب الكافى وقال : ولأنه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا إلى آخر الأمرين وهو اللحمة وجعلت حكما فى الإباحة . ثم الفرق بين ماذكره المصنف وبين مانقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفى على بعض الشراح حيث علل الأول بالثانى ، إلى هنا لفظ ذلك البعض . أقول : لم يصب ذلك فى رأيه هاهنا ، بل خرج عن سنن السداد ، إذ لايخفى على ذى مسكة أن الدليل الذى ذكره المصنف لايفيد المدعى بدون المصير إلى المقدمة القائلة إن الحكم إذا تعلق بشيئين يضاف إلى آخرهما ، لأن النسج إنما يحصل باللحمة والسدى معا لاباللحمة وحدها إذ النسج إنما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى إلا بملاحظة تلك المقدمة . فإذا لم يفد ماذكره المصنف المدعى بدون المصير إلى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر ، فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم إياها إليه بطريق التعليل لقوله فكانت هى المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذى ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه إياه . فإن عدم اعتباره فى التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبارا لعدمه وعدم التفاته فيه إلى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقرره فى كلمات المشايخ ، وليس فى كلامه ما يمنعه فإنه قال : والنسج باللحمة بدون القصر عليها فكأنه قال : وتمام النسج أو آخر النسج باللحمة . والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه ببطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث إضافة الحكم إلى آخر الجزءين حيث قال : لكن لايخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم ، بل هو باللحمة والسدى معا جعل ماذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير إلى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف فى التعليل حينئذ ، وشنع على الشرّاح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ماذكره المصنف وغيره ، وما غرّه إلا عبارة الزيلعى ، ولم ينظر أو لم يلتفت إلى ما وقع فى كلام فحول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فإنه قال فى تقرير الدليل المذكور إن الثوب يصير ثوبا باللحمة ، لأنه إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الأخير فيضاف الحكم إليه انتهى . ومنهم صاحب المحيط فإنه أيضا قال فى تقرير ذلك : لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج ، والنسج إنما يتأتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة ، فإذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى . ومنهم صاحب الكافى فإنه أيضا جمع كما نقله ذلك البعض ، ثم إنه يجوز أن يكون مراد الزيلعى بقوله أو نقول الخ تقرير ذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للأول فى المعنى والمآل ، يرشد إليه أنه قال بعد ذلك : ولأن اللحمة هى التى تظهر فى المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهى اللام فى هذا الدليل إشارة إلى استقلاله ، فلو كان مراده بما ذكره بقوله أو نقول الخ إيراد دليل آخر مستقل لأعاد اللام فيه أيضا تبصر (قوله ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها فى معناه) أقول : لمانع أن يمنع كونه

أربعة آلاف درهم » وأبو حنيفة كان يرتدى برداء قيمته أربعمائة دينار . وقد قال الله تعالى ـ قل من حرّم زينة الله التى أخرج لعباده ـ قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب الخ) لايجوز للرجال التحلى بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « هذان

وقد جاء في إباحة ذلك آثار . وفي الجامع الصغير : ولا يتختم إلا بالفضة ، وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام . « ورأى رسول الله عليه الصلاة والسلام على رجل خاتم صفر فقال : مالي أجد منك رائحة الأصنام . ورأى على آخر خاتم حديد فقال : مالي أرى عليك حلية أهل النار » ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بحجر . إذ ليس له ثقل الحجر . وإطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا . وعن علي رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن التختم بالذهب » ولأن الأصل فيه التحريم . والإباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة . والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها . ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من

في معناه ، كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال . ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة التختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة . ولا يخفى أن الأدنى لا يكون في معنى الأعلى . وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لأنها في معناه إثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم « هذان حرامان على ذكور أمتي » وقد تقرر في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه . ولا يجوز أن يكون أدنى منه . وليس الأمر في الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب . لأنه ليس بحجر . إذ ليس له ثقل الحجر) أقول : الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بأنه ليس بحجر مما لا حاصل له . لأن ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ، ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة . بل ورد النص في جواز التختم ببعض الأحجار كالعقيق ، فإنه روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق » وقال « تختموا بالعقيق فإنه مبارك » كما ذكر في الكافي وغيره . فكان التشبث بكونه حجرا أظهر ~~في الاستدلال~~ من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا . وعن هذا قال الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه : ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لأنه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر ، بل هو حجر ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تختم بالعقيق . انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين : هذا تصريح بما علم من قوله إلا بالخاتم . إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى .

حرامان على ذكور أمتي » ولا بالفضة لأنه في معناه . فإن قيل : قوله صلى الله عليه وسلم « هذان حرامان على ذكور أمتي » لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى « قل من حرم زينة الله » الآية . ولا يقيده لأن التقييد نسخ . فالجواب أنه مشهور متفق عليه تلقته الأمة بالقبول فجاز التقييد به . وقوله (وقد جاء في إباحة ذلك آثار) هو ما روى « أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقشه : محمد سطر ورسول سطر والله سطر » . وعن معاذ رضي الله عنه « أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما نقش خاتمك يا معاذ ؟ فقال : محمد رسول الله . فقال عليه الصلاة والسلام : آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه . ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه » . فكان في يده صلى الله عليه وسلم إلى أن توفى . ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه إلى أن توفى ، ثم كان في يد عمر رضي الله عنه إلى أن توفى . ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البئر فأنفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده » فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك . وأتى بلفظ الجامع الصغير لأداء الحصر فيه (ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال : الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم . ولأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر . وإطلاق جواب الكتاب : يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ، ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه . وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله « هذان حرامان » ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روى عن البراء بن عازب رضي الله عنه « أنه لبس خاتم ذهب وقال : كسانيه رسول الله

حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه ، بخلاف النسوان لأنه تزين فى حقهن ، وإنما يتختم القاضى والسلطان لحاجته إلى الختم . وأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه . قال (ولا بأس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص) أى فى ثقبه لأنه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعدّ لابسا له . قال (ولا تشدّ الأسنان بالذهب وتشدّ بالفضة) وهذا عند أبى حنيفة . وقال محمد : لا بأس بالذهب أيضا . وعن أبى يوسف مثل قول كل منهما . لهما « أن عرفجة بن أسعد الكنانى أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن . فأمره النبى عليه الصلاة والسلام بأن يتخذ أنفا من ذهب » ولأبى حنيفة أن الأصل فيه التحريم والإباحة للضرورة . وقد اندفعت بالفضة وهى الأدنى فبقى الذهب على التحريم . والضرورة فيما روى لم تندفع فى الأنف دونه حيث أنتن . قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لأن التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها . قال (وتكره الخرقة التى تحمل فيمسح بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر (وكذا التى يمسح بها الوضوء أو تمتخط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لايكره وهو الصحيح . وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع فى الجلوس (ولا بأس بأن يربط الرجل فى أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة . وكان ذلك من عادة العرب . قال قائلهم :

لاينفعنك اليوم إن همت بهم كثرة ماتوصى وتعقاد الرتم

أقول : ليس ذلك بسديد . لأن معنى قوله إلا بالخاتم إلا أنه يجوز للرجال التحلى بالخاتم لأنه استثناء من قوله ولايجوز للرجل التحلى بالذهب ولا بالفضة . والاستثناء من النفى إثبات بلا ريب . وما ذكره هاهنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله إلا بالخاتم . والتخالف بين نفى جواز الشيء وإثباته ضرورى . ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة فى قوله إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مفهوم المخالفة معتبر فى الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل .

صلى الله عليه وسلم . ولأن النهى عن استعمال الذهب والفضة سواء . فلما حلّ التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب فكذا فى الآخر . والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك » وروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لا ألبسه أبدا . فرماه الناس » وقوله (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أى لأنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا . وقوله (وعن أبى يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعنى اختلف المشايخ فى قول أبى يوسف . فمنهم من ذكر قوله مع أبى حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخى رحمه الله ، وذكر فى الأمالى مع قول محمد رحمه الله . والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم . وقوله (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا فى عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وقد جاء فى الحديث « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة فى بعض الأوقات » فلم يكن بدعة . وحاصله أن كل مافعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة . وما فعل لحاجة وضرورة لايكره . وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء . ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج فى سفر عمد إلى شجر يقال له رتم فشدّ بعض أغصانه ببعض ، فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امرأتى . وإن أصابه وقد انحلّ قال خانتنى . هكذا المروى عن

(قال المصنف : ولا بأس بأن يربط الرجل فى أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ، ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) أقول : قال العلامة الزيلعى : الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس ، وهى خيط كان يربط فى العنق أو فى اليد فى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم ، وهو منهى عنه ، وذكر فى حدود الإيمان أنه كفر انتهى .

وقد روى أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بذلك ، ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان .

(فصل فى الوطء والنظر واللمس)

قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ماظهرمنها » قال علىّ وابن عباس رضى الله عنهما : ما ظهرمنها الكحل والخاتم . والمراد موضعهما وهو الوجه والكف ، كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها . ولأن فى إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك ، وهذا تنصيص على أنه لايباح النظر إلى قدمها . وعن أبى حنيفة أنه

(فصل فى الوطء والنظر واللمس)

لايذهب على الناظر فى المسائل المذكورة فى هذا الفصل أن مايتعلق منها بالوطء إنما هى مسئلة جواز العزل عن أمته بغير إذنها . وعدم جواز ذلك فى الحرة إلا بإذنها ، وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لابيان حال الوطء نفسه قد ذكرت فى آخر هذا الفصل ، فالمناسب أن يؤخر ذكر الوطء فى عنوان الفصل أيضا فيقال : فصل فى النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع فى الكافى . والأنسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل فى التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله . ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام: نظر الرجل إلى المرأة ، ونظر المرأة إلى الرجل . ونظر الرجل إلى الرجل ، ونظر المرأة إلى المرأة : والقسم الأول منها على أربعة أقسام أيضا : نظر الرجل إلى الأجنبية الحرة . ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة ، ونظره إلى ذوات محارمه ، ونظره إلى أمة الغير . فبدأ فى الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى (قوله قال علىّ وابن عباس رضى الله عنهما : ماظهر منها الكحل والخاتم ، والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول : الظاهر أن المقصود من نقل قول على وابن عباس هاهنا إنما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها

الثقات ، إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهى خيط التذكرة يعقد بالأصبع ، وكذلك الرتمة ، قال الشاعر :

إذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب ، والله أعلم .

(فصل فى الوطء والنظر واللمس)

مسائل النظر أربع : نظر الرجل إلى المرأة ، ونظرها إليه ، ونظر الرجل إلى الرجل ، ونظر المرأة إلى المرأة . والأولى على أربعة أقسام : نظره إلى الأجنبية الحرّة ، ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة ، ونظره إلى ذوات محارمه ، ونظره إلى أمة الغير . قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الخ) القياس أن لايجوز نظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها ، إليه أشار قوله صلى الله عليه وسلم « المرأة عورة مستورة » ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع وهو ما استثناه فى الكتاب بقوله (إلا وجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لقوله أرفق بالناس ، قال الله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها ـ وفسر ذلك علىّ وابن عباس رضى الله عنهم بالكحل والخاتم ، والمراد موضعهما . وقوله (ولأن فى إبداء الوجه والكفّ ضرورة) دليل معقول

(فصل فى الوطء والنظر واللمس)

(قوله والأولى على أربعة أقسام : نظره إلى الأجنبية الحرة) أقول : الأولى أن يقول : إلى من لايحل من الأجنبية الحرة (قوله تعالى الله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ـ وفسر ذلك) أقول : يعنى فسر قوله تعالى ـ ما ظهر ـ .

يباح لأن فيه بعض الضرورة . وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضا لأنه قد يبدو منها عادة . قال (فإن كان لا يأمن الشهوة لاينظر إلى وجهها إلا لحاجة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صبّ فى عينيه الآنك يوم القيامة » فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم . وقوله لا يأمن يدل على أنه لايباح إذا شك فى الاشتهاء كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحلّ له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى ، بخلاف النظر لأن فيه بلوى . والمحرّم قوله عليه الصلاة والسلام « من مس ّكفّ امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة » وهذا إذا كانت شابة تشتهى ، أما إذا كانت عجوزا لاتشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها لانعدام خوف الفتنة . وقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز ، وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لتمرّضه وكانت تغمز رجليه

بقولهما فى تفسير قوله تعالى ـ إلا ماظهر منها ـ فإن فى تفسيره أقوالا من الصحابة لايدل على المدعى هاهنا شىء منها سوى قولهما ، لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح أيضا ، إذ الظاهر أن موضع الكحل هو العين لاالوجه كله ، وكذا موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله ، والمدعى جواز النظر إلى وجه الأجنبية كله وإلى كفيها بالكلية ، فالأولى فى الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار فى الرخصة فى النظر إلى وجهها وكفيها : منها ما روى « أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إلى وجهها ولم ير فيها رغبة » . ومنها ماروى « أن أسماء بنت أبى بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق ، فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه » ومنها ماروى « أن فاطمة رضى الله عنها لما ناولت أحد ابنيها بلالا أو أنسا قال : رأيت كفها كأنها فلقة قمر » : أى قطعته ، فدل على أنه لابأس بالنظر إلى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا إذا كانت شابة تشتهى ، أما إذا كانت عجوزا لاتشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين : يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت شابة ، أما إذا كانت عجوزا لاتشتهى فلا بأس بمسهما انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ لم يذكر فى هذا الكتاب ولا فى غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وإن كانت عجوزا ، وإنما المذكور هنا وفى سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزا ، والأصل فيه ماروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز فى البيعة ولايصافح الشواب » كما ذكر فى المحيط وغيره ، وما روى عن أبى بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر فى الكتاب . نعم ظاهر الدليل العقلى وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم . لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر فى الكتب نقلا عن الأئمة أو المشايخ . ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال : فإن قلت : هذا تعليل فى مقابلة النص ، وهو ماذكر فى الكتاب من مسّ كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة . قلت : المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها ، أما إذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا ، انتهى كلامه . واقتفى أثره صاحب الكفاية . أقول : يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا . فإن قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لايخفى ، وقد صرح به بعض الشراح . ولا يتمشى الجواب المزبور هناك

وهو ظاهر ، والآنك : الرصاص . وقوله (فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلىّ رضى الله عنه « لاتتبع النظرة النظرة ، فإن الأولى لك والثانية عليك » يعنى بالثانية أن يبصرها عن شهوة . وقوله صلى الله عليه وسلم « ابصرها

(قال المصنف : فإذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول : تتميم للحديث ، فإن الحديث إنما دل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك ، بل تحريمه عند عدم الأمن هنا ، وشتان ما بينهما ، فضم ذلك إليه ليتم التقريب .

و تفلى رأسه . وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه و عليها لما قلنا ، فإن كان لايأمن عليها لاتحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة . والصغيرة إذا كانت لاتشتهى يباح مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة . قال (ويجوز للقاضى إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهى) للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة . ولكن ينبغى أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه و هو قصد القبيح . وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح . والأصح أنه لايباح لأنه يوجد من لايشتهى فلا ضرورة . بخلاف حالة الأداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » ولأن مقصوده إقامة السنة لاقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغى أن يعلم امرأة مداواتها) لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل (فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع ، لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل)

إذ الظاهر أن تلك المسئلة فيما إذا كانت شابة تشتهى . يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزا لاتشتهى . ولا شك أن الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس إلى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا فى مقابلة النص وهو لايجوز كما عرف فى علم الأصول . فإن قلت : تلك المسئلة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس إلى مسها فى تلك الصورة . قلت : إن لم تتحقق دعوتها النفس إلى مسها بالفعل فى تلك الصورة فمن شأنها ذلك فى كل حال . والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة فى النص المزبور هى المرأة الصالحة لأن تدعو النفس إلى مسها لا التى تحققت فيها دعوتها إليه بالفعل . اللازم أن لايثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا أمن على نفسه وعليها تأمل تقف (قوله وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين [illegible] محل تأمل لعدم كون ذلك فى وسعه لعدم الوقوف عليه اه . أقول : يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة فى نظائرها ، فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك (قوله فإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها) قال بعض المتأخرين : تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا . فإن جعلنا الضمير فى عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى . أقول : الضمير فى عليها للمرأة ، ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها عبارة ، فإنه إذا لم تحل مصافحتها عند عدم الأمن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلأن لاتحل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضى إذا أراد أن يحكم عليها . وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها ، وإن خاف أن يشتهى للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة) قال بعض المتأخرين : وقد ينور ذلك بإباحة النظر إلى العورة الغليظة عند

(فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » أى يوفق . قاله للمغيرة بن شعبة رضى الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة (والخافضة للجارية كالختان للغلام)

(قال المصنف : والصغيرة إذا كانت لاتشتهى يباح مسها) أقول : وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين فى رواية . وفى رواية يكتفى بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا ، لأن أحدهما إذا كان لايشتهى لايكون المس سببا للوقوع فى الفتنة كالصغيرة . ووجه الأولى أن الشاب إذا كان لايشتهى أن يمس العجوز فالعجوز تشتهى أن تمس الشاب لأنها علمت بملاذ الجماع فيؤدى إلى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام ، بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيرا ، لأنه لايؤدى إلى الاشتهاء من أحد الجانبين ، لأن الكبير كما لا يشتهى أن يمس الصغير لايشتهى الصغير أيضا أن يمسه لعدم العلم ، كذا فى شرح الزيلعى . وأنت خبير بأنه يجىء ما يخالفه ظاهرا فى الكتاب فى وجه الفرق فيما ذكر فى كتاب الخنثى من الأصل (قال المصنف : وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح) أقول : لعل المراد إذا خاف الاشتهاء .

لأنه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ماروى عن أبي يوسف لأنه أمارة المرض . قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا مابين سرته إلى ركبته) لقوله عليه الصلاة والسلام « عورة الرجل مابين سرته إلى ركبته » ويروى « ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه » وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمهما الله . والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي . والفخذ عورة خلافا لأصحاب الظواهر . وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكمارى

الزنا لإقامة الشهادة عليه . ثم قال : خطر ببالى هاهنا إشكال . وهو أن شهود الزنا كما صرحوا فى الكتب بين حسبتين : إقامة الحد . والتحرز عن الهتك . والستر أفضل . لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد به عنده : « لو سترته بثوبك لكان خيرا لك » وليس فى الحدود حقوق الناس إلا فى السرقة . ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر . فلم يكن ماذكر من التنوير فى شىء أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة فى الشهادة بالزنا . ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود من أن هذا : يعنى كون الستر أفضل يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به . وأما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها . لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر . فإذا ظهر الشره فى الزنا مثلا وعدم المبالاة به بإشاعته . فإخلاء الأرض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها . فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد انتهى . أقول : ماذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود لايدفع الإشكال الذى خطر ببال ذلك القائل إلا فى مادة جزئية . وهى ما إذا وصل الحال إلى إشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما سواها . فإن الستر فيه أفضل بلا شبهة . مع أن النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا فكفى بذلك إشكالا . فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود . ثم أقول فى دفع ذلك الإشكال بالكلية : إن الحاجة إلى النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان فى الشهادة بالزنا مطلقا فى تحصيل إحدى الحسبتين وهى إقامة الحد بإقامة الشهادة على الزنا . إذ لايتيسر إقامة الشهادة عليه بدون النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا . وإن لم تتحقق الحاجة إليه ولا الضرورة فى تحصيل الحسبة الأخرى وهى التحرز عن التهتك . فمن أراد أن ينال الحسبة الأولى يحتاج ويضطر إلى النظر إليها فيباح له النظر إليها إذ ذاك ، إذ يكفى فى إباحة ذلك الحاجة إليه . والضرورة بالنسبة إلى تحصيل خصوص الحسبة ، ولا يتوقف إباحته على الحاجة إليه والضرورة المطلقتين : أى من كل وجه . ولا على أن لايكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ؛ ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس له بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها بناء على أن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتى فى الكتاب . مع أن الحاجة إلى النظر إليها والضرورة إنما يتحققان فى إقامة تلك السنة لامطلقا لإمكان ترك تزوجها الداعى إلى النظر إليها وإن كان فوق تلك السنة ماهو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الإشكال بحذافيره (قوله وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا مابين سرته إلى ركبته) قال صاحب العناية : هذا هو القسم الثانى من أصل التقسيم . أقول : ليس الأمر كذلك ، بل هو القسم الثالث منه كما لايشتبه على من نظر إلى تقسيمه فى صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعى) قال صاحب النهاية : وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزى . فإنه يقول : إن السرة

يعنى أن الخافضة والختان ينظران إلى العورة لأجل الضرورة ، لأن الختان سنة فى حق الرجال مكرمة فى حق النساء فلا يترك . ويجوز للرجل أن ينظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ماروى عن أبى يوسف رحمه الله . وإذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر إلى موضعه . قال (وينظر الرجل إلى الرجل الخ) هذا هو القسم الثانى من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعنى سعد بن معاذ المروزى رحمه الله أن السرة أحد حدى العورة فتكون من

(قوله هذا هو القسم الثانى) أقول : بل الثالث .

معتمدا فيه العادة لأنه لامعتبر بها مع النص بخلافه ، وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الركبة من العورة » وأبدى الحسن بن علىّ رضى الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة رضى الله عنه

أحد حدّى العورة فتكون من العورة كالركبة . ثم قال : وقوله والشافعى بالعطف على أبى عصمة فى إثبات أن السرّة عورة عندهما كأنه وقع سهوا لوجهين : أحدهما ماذكرنا من تعليل أبى عصمة فى إثبات أن السرّة عورة بقوله إنها أحد حدّى العورة فتكون عورة كالركبة ، فإن هذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعى لايقول بكون الركبة عورة . والثانى أن الشافعى علل فى إثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله إنها حدّ للعورة فلا تكون من العورة كالسرّة ، لأن الحدّ لايدخل فى المحدود ، وهذا تنصيص منه على أن السرّة ليست بعورة اهـ . ورد عليه صاحب العناية حيث قال : قيل عطف الشافعى على أبو عصمة غير مستقيم ، لأن هذا التعليل إنما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لايقول به ، وهذا ساقط لأن المصنف لم يعلل بهذا التعليل فى هذا الكتاب ، وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا ، فالمذكور يكون تعليلا لأبى عصمة ، وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء انتهى . أقول : قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين ، وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ، ولم يتعرّض للوجه الآخر أصلا فكأنه لم يظفر بالجواب عنه فبقى الإشكال فى العطف الواقع فى كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه . فأقول : فى الجواب القاطع لعرق الإشكال : إن فى السرّة والركبة ثلاث روايات عن الشافعى : إحداها أن السرّة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف هاهنا وفى كتاب الصلاة أيضا . والثانية أنهما ليستا بعورة كما ذكر فى وجيز الشافعية . والثالثة أنهما عورة . وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال : للأولى منهما . وهذا أصح الوجهين . وإذ قد تقرّر هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعى فى إثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله إنها حدّ للعورة فلا تكون من العورة كالسرّة مبنيا على قوله فى الرواية الثانية وهذا لاينافى اشتراكه مع أبى عصمة فى قوله الآخر الواقع فى الرواية الثالثة عنه . بل لاينافى أيضا اشتراكه معه فى تعليله بقوله إنها أحد حدّى العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور فى العطف المذكور أصلا تأمل تقف (قوله وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة) هذا جواب عن قول أبى عصمة والشافعى أخرجه أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والبيهقى فى سننه عن ابن عون عن عمير بن إسحاق قال : كنت أمشى مع الحسن بن علىّ رضى الله عنهما فى بعض طرق المدينة ، فلقينا أبو هريرة ، فقال للحسن : اكشف لى عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله ، قال : فكشف عن بطنه فقبل سرّته . ولو كانت من العورة لما كشفها . قال الشارح العينى بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال : وفى معجم الطبرانى خلاف هذا : حدثنا أبومسلم الكسى ، حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عمير بن إسحاق : أن أباهريرة لقى الحسن بن علىّ رضى الله عنهم فقال له : ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل ، فرفع عن

العورة كالركبة . قيل عطف الشافعى على أبى عصمة غير مستقيم لأن هذا التعليل إنما يستقيم على قول من يقول إن الركبة عورة وهو لايقول به ، وهذا ساقط لأن المصنف رحمه الله لم يعلل بهذا التعليل فى هذا الكتاب وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا ، فالمذكور يكون تعليلا لأبى عصمة وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء ، والركبة عورة خلافا للشافعى رحمه الله استدلالا بالغاية فإنها لاتدخل تحت المغيا . والفخذ عورة خلافا لأهل الظاهر فإنهم يقولون العورة هى السوءة دون ماعداها لقوله تعالى ـ فبدت لهما سوآتهما ـ والمراد به العورة ، وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكمارى رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لأنه لامعتبر بها) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة . وقوله (وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ، ودليل على أن الركبة عورة . وقوله (وأبدى الحسن بن علىّ رضى الله عنهما) جواب عن

(قوله قيل عطف الشافعى) أقول : القائل صاحب النهاية (قوله الكمارى) أقول : بفتح الكاف .

وقال لجرهد : « وار فخذك ، أما علمت أن الفخذ عورة ؟ » ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفى مثله يغلب المحرم ، وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ ، وفى الفخذ أخفّ منه فى السوأة ، حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب إن لجّ (وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس) لأنهما فيما ليس بعورة سواء . قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ماينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة فى النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدوابّ . وفى كتاب الخنثى من الأصل : أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبى بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه ، لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ . فإن كان فى قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهى أو شكت فى ذلك يستحب لها أن تغضّ بصرها . ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر . وهذا إشارة إلى التحريم . ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا . فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة فى الجانبين ، ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة غير موجوده فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد . والمتحقق من الجانبين فى الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق فى جانب

بطنه ووضع يده على سرّته انتهى . وقال بعض المتأخرين بعد مانقل ماذكره العينى : قلت لامخالفة بين الروايتين لإمكان الجمع بين المسّ والتقبيل . ولو سلم فذلك لايضرنا بل يثبت مدعانا بالأولوية انتهى . أقول : كأنّ ذلك البعض خبط فى استخراج ما رواه الطبرانى فى معجمه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرّته ووضع أبو هريرة يده على سرّة الحسن فبنى عليه عدم المخالفة بين الروايتين بإمكان الجمع بين المسّ والتقبيل : يعنى أن وضع أبى هريرة يده على سرّة الحسن مسّ لها وهو لاينافى تقبيله إياها فلا مخالفة بينهما . ثم بنى عليه أيضا كلامه التسليمى : يعنى لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبرانى لايضرنا ، بل يثبت مدعانا هاهنا وهو أن لاتكون السرّة من العورة بالأولوية . فإن عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها . فإذا وضع أبو هريرة يده على سرّة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرّة ليست من العورة . لكن لايخفى على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سرّته وضع الحسن بن علىّ يده على سرّة نفسه . وعن هذا قال : ووضع يده ، بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال فى الرواية الأولى فقبل سرّته . والأسلوب المقرّر فى الحكاية عن الاثنين إدخال الفاء عند الانتقال إلى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما فى قوله تعالى ـ قالوا سلاما قال سلام ـ وإذ قد كان معنى رواية الطبرانى ووضع الحسن يده على سرّته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الأولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته . ثم إنه إن كان مقصود الحسن رضى الله عنه من وضع يده على سرته فى رواية الطبرانى التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرّة من العورة وإن كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ماتحت السرّة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرّة من العورة فلم يحصل منه جزم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر إليه من الرجل يباح المسّ لأنهما فيا ليس بعورة سواء) أقول : لقائل أن يقول : استواؤهما فيه ممنوع . كيف وقد

قول أبى عصمة والشافعى رحمهما الله . وقوله (وقال عليه الصلاة والسلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر . وقوله (ولأن الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة . والباقى ظاهر . وقوله (لأنهما) أى لأن النظر والمسّ فيا ليس بعورة سواء . وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ماينظر الرجل إليه منه) عكس هذا القسم الذى نحن فيه . وقوله (ووجه الفرق) أى فرق ماذكر فى الأصل من جعل عدم نظرها إليه مستحبا وعدم نظره إليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا ؛ ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لابتحقيقهما ، وأن أبا حنيفة جوّز الصلاة

(قوله عكس هذا القسم الذى نحن فيه) أقول : هذا هو القسم الثانى فى ترتيبه . وهو عكس القسم الأول .

واحد . قال (وتنظر المرأة من المرأة إلى مايجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما فى نظر الرجل إلى الرجل ، وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن . وعن أبى حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه ، بخلاف نظرها إلى الرجل لأن الرجال

مرّ أن وجه الأجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر إليهما إذا أمن الشهوة . ولكن لايجوز له أن يمسهما وإن أمن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها . ويمكن أن يقال : المراد أنهما سواء فيه مالم يرد النص على خلاف ذلك كما فى الصورة المارة . فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من مس كفّ امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة » فما ذكر هاهنا من حديث الاستواء مقتضى القياس ، وما مر موجب النص فلا تنافى بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ماينظر الرجل إليه منه إذا أمن الشهوة) قال صاحب العناية : قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه عكس هذا القسم الذى نحن فيه . أقول : ليس الأمر كذلك فى الظاهر . إذ الظاهر أن المراد بالقسم الذى نحن فيه هو الذى ذكر قبيل هذه المسئلة ، أعنى قوله وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرته إلى ركبته فإنه الصالح لأن يعنون بما نحن فيه . ولا يذهب عليك أن هذا الذى ذكر هنا ليس بعكس ذاك ، وإنما هذا عكس القسم الأول المذكور فى صدر الفصل . ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذى نحن فيه هو القسم الأول المذكور فى صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الأول بل أدخل فى خلالها الأقسام الثلاثة الأخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية . بل كان فى عهدته الآن بيان مابقى منه . فبهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذى نحن فيه . وإن كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة . ثم إن بعض المتأخرين طعن فى تحرير هذه المسئلة حيث قال : ولو نكر الرجل الثانى كان أولى . أقول : ليس هذا بشىء إذ لايخفى على ذى مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لابيان بعض من أفراده . وإن كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل فى الموضعين معا تعريف الجنس لا أن ينكر الثانى ولا الأول تأمل تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة إلى مايجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل) قال صاحب العناية : هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم . أقول : بل هذا هو القسم الرابع منه كما لايشتبه على أحد من أولى النهى انتهى ولم أدر كيف خفى على مثل ذلك . والعجب أنه قد ابتلى بتثليه فيما مر كما عرفته وأصر عليه . ولعل حكمة زلته فى هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد : والتسامح فى رعاية الترتيب فى كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ماهو أشدّ قبحا منه (قوله وعن أبى حنيفة أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه) يعنى لاتنظر إلى ظهرها وبطنها . وهذا معنى قول صاحب الكافى : حتى لايباح ذا النظر إلى ظهرها وبطنها . قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : يعنى لاتنظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتى انتهى . أقول : ذكر الفخذ هاهنا مستدرك

فى السفينة قاعدا لأن دوار الرأس فيها غالب . وإذا كان كذلك . فإذا نظر الرجل إليها مشتهيا وجدت الشهوة فى الجانبين فى جانبه حقيقة لأنه هو المفروض ، وفى جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة . وإذا نظرت إليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لأن الفرض أنه لم ينظر ، ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط . والمتحقق من الجانبين فى الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لامحالة . قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم : ماجاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر إليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا ، والغالب كالمتحقق كما فى نظر الرجل إلى الرجل . والضرورة إلى الانكشاف فيما بينهن متحققة . قال صاحب النهاية : أى فى الحمام ، وهذا دليل على أنهن لايمنعن عن الدخول فى الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس . لأن العرف الظاهر فى جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ماقلنا . وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال ، لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل ، ويتمكن الرجل من الاغتسال فى الأنهار والحياض والمرأة لاتتمكن من ذلك . إلى هذا أشار

(قوله لأن الفرض أنه لم ينظر) أقول : متى فرض ذلك ؟.

يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال . والأول أصح . قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته إلى فرجها) وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك » ولأن مافوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى . إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولايتجردان تجرد العير » ولأن ذلك يورث النسيان لورود الأثر . وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول : الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة . قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها) .

بل مخل لأن عدم جواز نظر المرأة إلى فخذ المرأة قد تقرر في القول الأول . لأن الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل إليه من الرجل . والذي لابد له هنا منه بيان مايمتاز به القول الثاني عن القول الأول . وهو أن لاتنظر إلى ظهرها وبطنها أيضا . وذكر الفخذ في هذا الأثناء يوهم جواز النظر إليه في القول الأول (قوله والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك ») قال في الكافي بعد ذكر هذا الأصل الذي هو حديث أبي هريرة : وقالت عائشة رضي الله عنها : « كنت أغتسل أنا ورسول الله من إناء واحد . وكنت أقول بق لي بق لي . وهو يقول بق لي بق لي » ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى . وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى هاهنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك : قلت : لايتم الاستدلال بهذا لأنه لايلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة . ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلا منهما كان ينظر إلى فرج الآخر . كيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت « قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرمني ولم أر منه » انتهى . أقول : ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح . أما الأول فلأن قولها رضي الله عنها « وكنت أقول بق لي بق لي وهو يقول لي بق لي » يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا . إذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تبقية الماء من الآخر . إذ المباشر أولا هو المتقدم فالتبقية وظيفته لاوظيفة الآخر . فلا معنى لطلبها من الآخر . وأما الثاني فلأن المدعى هاهنا مجرد جواز النظر إلى الفرج لا لزوم وقوعه البتة . ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فإن التجرد سبب لرؤية العورة عادة . فلو لم يكن النظر إليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة . ثم إن مجرد جواز النظر إلى فرج الزوج لاينافي عدم وقوعه منهما تأدبا على مقتضى مكارم الأخلاق . فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول : كان الأنسب أن لايذكر الفخذ هاهنا . فإنه لما

في المبسوط . وقوله كنظر الرجل إلى محارمه : يعني لاينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي . قال المصنف رحمه الله (والأول أصح) لأن نظر الجنس أخف . قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل إلى المرأة ، والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر . وقيده بقوله من أمته التي تحل له . لأن حكم أمته المجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر إليها ، لأن إباحة النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتفائه . والعير : هو الحمار الوحشي . وخصه بالذكر لأن للأهلي نوع ستر من الأقتاب والثفر . وقد قيل هو الأهلي أيضا . وقول ابن عمر رضي الله عنهما : الأولى أن ينظر : يعني وقت الوقاع . روى عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي قال : سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا ؟ قال لا . أرجو أن يعظم الأجر . قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها

(قوله هو القسم الثالث) أقول : بل الرابع .

. . . .

تقرر فيما مرّ عدم جواز أن ينظر الرجل من الرجل مطلقا : أى وإن كان ذا رحم محرم منه إلى مابين سرّته إلى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى مابين سرّتها إلى ركبتها بالأولوية ، لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ ، وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط فى هذا المقام لذكر شىء مما بين السرّة والركبة حيث قال : ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ، ولا يمس شيئا من ذلك انتهى . وظهر منه أيضا أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ هاهنا . فإن قلت : المقصود من ذكر الفخذ فى الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم . قلت : فحينئذ كان الأنسب أن يقال : بدل وفخذها مابين سرّتها إلى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها وإلى مابين السرّة والركبة منها ومسها انتهى ، فإن فيه عموم الإفادة . فإن قلت : المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة فى إفادة حرمة النظر إلى ماعداه أيضا مما بين السرّة والركبة بالأولوية . قلت : فحينئذ كان الأحق الاكتفاء بذكر الركبة ، فإن حكم العورة فى الركبة أخفّ منه فى الفخذ ، وفى الفخذ أخفّ منه فى السوءة كما تقرر فيما مر ، فبذكر الفخذ لايعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه فى حرمة النظر . وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوءة أيضا دلالة بالأولوية لكونهما أقوى منها فى حرمة النظر . ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال : وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات ، وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة ، والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجىء ، وجعل المحرم هاهنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لايلائمه تفسيره بما سيجىء فتأمل ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأنه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بنسب ، إذ الرحم لايتصور فى غير النسب فلا مجال لأن تكون النكتة فى حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب . لأن النكتة فى العبارة لاتصلح أن تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص إلى العموم . وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لايخفى . وأما ثانيا فلأن قوله وجعل المحرم هاهنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لايلائمه تفسيره بما سيجىء ليس بسديد . فإن كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لايلائمه تفسيره بما سيجىء فى حيز المنع . أما الأول فلأنه قال فى المغرب : والمحرم الحرام والحرمة أيضا . وقال فى البدائع : النساء فى هذا الباب سبعة أنواع . نوع منهن المنكوحات ، ونوع منهن المملوكات ، ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالأم والبنت والعمة والخالة . ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ، ونوع منهن مملوكات الأغيار ، ونوع منهن من لارحم لهن ولا محرم وهن الأجنبيات الحرائر ، ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة اهـ . ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة فى مواضع متعددة إنما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ماذكر فى قوله ذوات الرحم المحرم والباقى منه بمعنى الحرمة لاغير كما فى قوله ذوات المحرم بلا رحم ، وقوله من لا رحم لهن ولا محرم ، وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح . وقال فى فتاوى قاضيخان : ولا بأس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدّات وأولاد الأولاد والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدرها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى مابين سرّتها إلى أن تجاوز الركبة . وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية كزوجة الأب والجد وإن علا وزوجة الابن وأولاد الأولاد وإن سفلوا . وابنة المرأة المدخول بها . فإن لم يكن دخل بها فهى كالأجنبية انتهى .

وظهرها وفخذها . وقال الشافعى رحمه الله فى القديم : لابأس بذلك . جعل حالها كحال الجنس فى النظر ، وهو محجوج بحكم الظهار فإنه ثابت إذا قال لامرأته أنت علىّ كظهر أمى . فلو كان النظر إليه حلالا لما كان ظهارا لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة .

والأصل فيه قوله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ـ الآية ، والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهى ما ذكر فى الكتاب . ويدخل فى ذلك الساعد والأذن والعنق والقدم . لأن كل ذلك موضع الزينة ، بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست من مواضع الزينة ، ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة . فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج ، وكذا الرغبة

ولا يخفى على الفطن أيضا أن المحرم المذكور فى قوله وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام . إذ لا معنى لأن يقال : كل ذات حرام : أى صاحبة حرام . لأن الحرام هى صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لإضافة الذات إليه . وأما الثانى فلأنه إنما لا يلائمه تفسيره بما سيجيء لو كان مراد المصنف بما سيجيء تفسير المحرم الذى هو مفرد المحارم فى قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه . وأما إذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملاءمة كما لا يخفى . والظاهر أن مراد المصنف هو الثانى . ويعضده تقرير صاحب المحيط فى هذه المسئلة حيث قال : وأما النظر إلى ذوات محارمه فنقول : يباح النظر إلى موضع زينتها الظاهرة والباطنة . ثم قال : وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الأمهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت ، أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى . فإنه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه . ثم إن التحقيق فى معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه أنه إذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده . ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام . ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة . وأما إذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما فى مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثانى (قوله والأصل فيه قوله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ـ الآية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : وقوله والأصل فيه : أى فى جواز ماجاز وعدم جواز مالم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن ـ الآية . وتبعه الشارح العينى أقول فيه نظر . لأن الآية المذكورة إنما تدل على جواز ما جاز وهو النظر إلى مواضع الزينة . ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز . وإنما يدل عليه آية أخرى وهى قوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ـ كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال : ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ـ إلا أنه رخص للمحارم النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ـ الآية . فبقى غض البصر عما وراءها مأمورا به . وإذا لم يحل النظر فالمس أولى لأنه أقوى انتهى ، أو آية الظهار كما أشار إليه صاحب المحيط حيث قال : ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك . والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار فى كتابه منكرا من القول وزورا . وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته : أنت كظهر أمى ، ولولا أن ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا . وإذا ثبت هذا فى الظهر ثبت فى البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة ، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج) قال بعض المتأخرين : وتقرير هذا الدليل واضح ، إلا أن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره

وقوله (والأصل فيه) أى فى جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ـ ولا يبدين زينتهن ـ الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة ، ذكر الحال وأراد المحل مبالغة فى النهى عن الإبداء ، لأن إبداء ما كان منفصلا إذا كان منهيا عنه فإبداء المتصل أولى . وذلك كقوله تعالى ـ ولا القلائد ـ فى حرمة تعرض محلها . وقوله (وهى ما ذكر فى الكتاب) يريد به الوجه إلى آخره ، ويدخل فى ذلك : أى فى مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والأذن والعنق والقدم ، لأن كل ذلك موضع الزينة ، أما الرأس فلأنه موضع التاج والإكليل ، والشعر موضع العقاص ، والعنق موضع القلادة والصدر كذلك ، والأذن موضع القرط ، والعضد موضع الدملج ، والساعد موضع السوار ، والكف موضع الخاتم ، والخضاب والساق موضع الخلخال ، والقدم

تقلّ للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى ، بخلاف ما وراءها ، لأنها لاتنكشف عادة . والمحرم من لاتجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه ، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح فى الأصح لما بينا . قال (ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها) لتحقق الحاجة إلى ذلك فى المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية ، بخلاف وجه الأجنبية وكفيها حيث لايباح المس وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة (إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لاينظر ولايمس لقوله عليه الصلاة والسلام « العينان تزنيان وزناهما النظر ، واليدان تزنيان وزناهما البطش » ، وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب . (ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذورحم محرم منها »

صاحب البدائع فى مسائل الدخول فى بيت الغير أنه إذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان ، فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك ، ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه . أقول : مراد المصنف بقوله إن البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان ، لا أنه أمر مندوب فى الشرع وماذكره صاحب البدائع حكم الشرع فى أمر الدخول فى بيت الغير فإنه قال . وأما حكم الدخول : فى بيت الغير فالداخل لايخلو إما أن يكون أجنبيا أو من محارمه ، فإن كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ، ثم قال : وإن كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وإن كان يجوز له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ، ثم قال : إلا أن الأمر فى الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر ، لأن المحرّم مطلق النظر إلى مواضع الزينة منها شرعا انتهى . فقد تلخص منه أن الدخول فى بيت الأجنبى من غير استئذان حرام ، والدخول فى بيت محارمه من غير استئذان مكروه ، ويكفى فى التأدّى إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان ، وإن كان ذلك مما لايمدح فى حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا إشكال (قوله والمحرم من لاتجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعنى بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة ، كذا فى الشروح . وفى عبارة بعضهم : يعنى الحرج وقلة الرغبة . قال تاج الشريعة : فإن قلت : فعلى هذا ينبغى أن لايقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان فى الحرز . قلت : لايقطع عند البعض . وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ، ذكر خواهر زاده أن المحارم من جهة الرضاع لايكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض ، انتهى كلامه . واقتفى أثره العينى فى ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما . أقول : ليس الجواب بتام ، أما قوله قلت لايقطع عند البعض فلأن عدم القطع عند البعض هو إحدى الروايتين

موضع الخضاب ، بخلاف الظهر والفخذ والبطن لأنها ليست مواضع الزينة ، وباقى كلامه واضح . وقوله (لوجود المعنيين) يعنى الضرورة وقلة الرغبة فيه : أى فى المحرم . وقوله فى الأصح متعلق بقوله أو سفاح ، لأن اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح ، فإن بعض مشايخنا رحمهم الله قال : لايثبت حلّ المسّ والنظر بالمصاهرة سفاحا ، لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزانى لابطريق النعمة ، لأنه لما ظهرت خيانته مرة لايؤتمن ثانيا . والأصح أنه لا بأس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التأبيد ، ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لأنها تثبت باعتبار كرامة الولد على ماعرف فى موضعه (قال : ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها لوجود المقتضى للإباحة) وهو الحاجة إلى ذلك فى المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة . وقوله (إلا إذا كان يخاف عليها) استثناء من قوله ولا بأس ، وكلمة فوق فى قوله عليه الصلاة والسلام « فوق ثلاثة أيام » صلة ، لأن حرمة المسافرة ثابتة فى ثلاثة أيام أيضا فكان كقوله تعالى ـ فإن كن نساء فوق اثنتين ـ وإذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة

(قوله لأنه لما ظهرت خيانته الخ) أقول : فيه بحث ، ثم الظاهر أن يقال : ولأنه الخ .

وقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايخلونّ رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان » والمراد إذا لم يكن محرما ، فإن احتاج إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما إذا أمنا الشهوة ، فإن خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ، ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا ، وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها ، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان . قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى مايجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه) لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهى فى ثياب مهنتها ، فصار حالها خارج البيت فى حق الأجانب كحال المرأة داخله فى حق محارم الأقارب . وكان عمر رضى الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرّة وقال : ألقى عنك الخمار يادفار أتتشبهين بالحرائر ؟ ولا يحلّ النظر إلى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بنُ مقاتل إنه يباح إلا إلى مادون السرّة إلى الركبة ، لأنه لاضرورة كما فى المحارم ، بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها فى الإماء . ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة ، والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة على ماعرف ، وأما الخلوة بها والمسافرة معها

عن أبى يوسف كما مرّ فى كتاب السرقة لايدفع السؤال على قول أبى حنيفة ومحمد ، وعلى قول أبى يوسف أيضا فى رواية أخرى عنه فإن كون المحرم بسبب الرضاع فى حكم المحرم بالنسب متفق عليه ، وإذا كانت العلة فى ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر فى كتاب السرقة ، ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لايخفى . وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ، وتأييد ذلك بما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده فلأنه إن لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه ، فإن وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته ، ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه البناء فى قول السائل فعلى هذا ينبغى أن لايقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع ، فالأولى فى الاستدلال على كون المحرم بسبب فى حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل النقلى كما فعله صاحب البدائع حيث قال : وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » وروى « أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضى الله عنها ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام : ليلج عليك فإنه عمك أرضعتك امرأة أخيه » انتهى . وقال فى المبسوط بعد ماذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمة بالرضاع وكذلك المحرمة بالمصاهرة لأن الله تعالى سوّى بينهما بقوله ـ فجعله نسبا وصهرا ـ (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايخلونّ رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان» والمراد إذا لم يكن محرما) أقول : لقائل أن يقول : كون المراد إذا لم يكن محرما ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجا ، فبهذا الاحتمال كيف

بهن لأن فى المسافرة خلوة . وقوله (فإن احتاج إلى الإركاب) أى إركاب ذوات المحارم ، والأصل فى ذلك أن لايجوز مسّ مايجوز أن ينظر الرجل إليه لأن المس فوق النظر ، لكنه جاز « لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول : أجد منها ريح الجنة » وكان ذلك لاعن شهوة قطعا ، فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن . قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ) هذا آخر الأقسام من ذلك وكلامه واضح . وقوله علاها : أى ضرب علاوتها وهى رأسها بالدرّة . وقوله (خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا إلى مادون السرّة إلى الركبة) وجهه ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : ومن أراد أن يشترى جارية فلينظر إليها إلا فى موضع المئزر . وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره فى الكتاب . وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعنى إذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه : فنهم من قال :

فقد قيل يباح كما فى المحارم ، وقد قيل لايباح لعدم الضرورة فيهن ، وفى الإركاب والإنزال اعتبر محمد فى الأصل الضرورة فيهن وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة . قال (ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهى) كذا ذكره فى المختصر ، وأطلق أيضا فى الجامع الصغير ولم يفصل . قال مشايخنا رحمهم الله : يباح النظر فى هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ، ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع ، وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة . قال (وإذا حاضت الأمة لم تعرض فى إزار واحد) ومعناه بلغت ، وهذا موافق لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة . وعن محمد أنها إذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهى كالبالغة لاتعرض فى إزار واحد لوجود الاشتهاء. قال (والخصى فى النظر إلى الأجنبية كالفحل) لقول عائشة رضى الله عنها : الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولأنه فحل يجامع . وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل ،

يثبت المدعى ، ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لايستفاد من هذا الحديث إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصى فى النظر إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضى الله عنها : الخصاء مثله فلا يبيح ماكان حراما قبله) قال الشارح العينى : هاهنا إيرادان على المصنف الأول أن هذا لم يثبت عن عائشة رضى الله عنها ، وإنما أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن عباس قال : حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال : خصاء البهائم مثله ، ثم تلا ـ ولآمرنهم فليغيرن خلق الله ـ وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثله ذكره فى كتاب الحج . الثانى أن هذا لايدل على مدعاكم ، فإن كون الخصاء مثله لايدل على أن نظر الخصى إلى الأجنبية كالفحل ، إلى هاهنا كلامه . أقول : كل من إيراديه ساقط . أما الأول فلأن حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضى الله عنها عنده بطريق الإسناد ، وهو لايقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الإرسال ، وقد روى ذلك عن عائشة رضى الله عنها فى عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال ، وتقرر فى علم الأصول أن مرسل الصحابى مقبول بالإجماع ، ومرسل القرن الثانى والثالث وإن لم يقبل عند الشافعى بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق ، حتى قالوا إنه فوق المسند ، ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض ، فهذا القول المرسل إلى عائشة رضى الله عنها إن كان من مراسيل القرن الثانى أو الثالث فلا شك فى كونه مقبولا عندنا ، وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا . وأما الثانى فلأن قوله فلا يبيح ماكان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات فى عامة المعتبرات ، فدلالة أثر عائشة رضى الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى . ثم أقول : ولكن بقى هاهنا شىء وهو أنه قد ذكر فى أصول الفقه أن قول الصحابى فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه إنما يوجب التقليد فيما لايدرك بالقياس لأنه لاوجه له إلا السماع أو الكذب ، والثانى منتف فتعين الأول لافيما يدرك بالقياس لأن القول بالرأى منهم مشهور والمجتهد يخطىء ويصيب ، والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ، ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلى الذى مرجعه القياس على ماتقرر فى علم الأصول حيث قالوا : ولأنه فحل يجامع ، ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لايوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين :

يحل واعتبرها بالمحارم وإليه مال شمس الأئمة رحمه الله ، وقيل لايحل لعدم الضرورة وإليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفى الإركاب والإنزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن) يعنى التى لامدفع لها (وفى المحارم مجرد الحاجة) أى نفس الحاجة لاالضرورة . وقوله (ولا بأس بأن يمس ذلك) أى المواضع التى يجوز النظر إليها (إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهى كذا فى المختصر وأطلق فى الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال : رجل أراد أن يشترى جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدرها وينظر إلى صدرها

وكذا المخنث فى الردىء من الأفعال لأنه فحل فاسق . والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه . والطفل الصغير مستثنى بالنص . قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى مايجوز للأجنبى النظر إليه منها.وقال مالك: هو كالمحرم ، وهو أحد قولى الشافعى لقوله تعالى ـ أو ما ملكت أيمانهن ـ ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان . ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج . والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت.

ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها : أى يفعل الإنزال . ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العينى حيث قال المنى بعد قوله وينزل انتهى . أقول : الصواب مافعله العينى . لأنه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الإنزال كان هذا الفعل المتعدى منزلا منزلة اللازم للقصد إلى نفس الفعل كما فى نحو قولك فلان يعطى: أى يفعل الإعطاء . ويوجد هذه الحقيقة على ماذكر فى المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا . إذ لايثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الإنزال . فإن هذا يتحقق بإنزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر إلى الأجنبية لا محالة . وإنما العلة لها شهوة المنى فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أى يؤخذ فى كل واحد منها . كذا فى شرح تاج الشريعة . وقال بعض الفضلاء : أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام انتهى . أقول : الحق ما قاله تاج الشريعة . أما أولا فلأنه يصح أنه يؤخذ فى كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة : أعنى الخصى والمجبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ـ وكذا قوله تعالى ـ ولايبدين زينتهن إلا لبعولتهن ـ الآية ، فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع إمكان حمله على الثلاثة جميعا ، ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما ذكره . أولا جامع للصور الثلاث معا كما ترى . وأما ثانيا فلأن كلمة الحاصل تقتضى فى الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ماذكر فى حيزها تلخيصا لذلك التفصيل ، وهذا إنما يتصور هنا إذا كان كلام المصنف هذا ناظرا إلى مجموع الصور الثلاث المارة لا إلى الصورة الثالثة وحدها ، سيما لو أريد بالضمير المجرور فى قوله يؤخذ فيه المخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مرّ على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فإنه لايكون حينئذ للكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لايخفى على ذى فطنة .

وساقها مكشوفين ، والباقى واضح . وقوله (وكذا المخنث فى الردىء من الأفعال) يعنى من يمكن غيره من نفسه ، احترازا عن المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولايشتهى النساء فإنه رخص بعض مشايخنا رحمهم الله فى ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى ـ أوالتابعين غير أولى الإربة من الرجال ـ قيل هو المخنث الذى لايشتهى النساء ، وقيل هو المجبوب الذى جفّ ماؤه ، وقيل المراد به الأبله الذى لايدرى مايصنع بالنساء إنما همه بطنه وفيه كلام فإنه إذاكان شابا ينحى عن النساء ، وإنما ذلك إذاكان شيخاكبيرا ماتت شهوته . والأصح أن نقول قوله تعالى ـ أوالتابعين من المتشابهات ـ وقوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ـ محكم نأخذ به ، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى ـ أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ـ أى لم يطلعوا : أى لايعرفون العورة ولايميزون بينها وبين غيرها . وقوله (ولا يجوز للمملوك) واضح .

(قال المصنف : والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول : أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ، ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف : بمحكم كتاب الله تعالى) أقول : إطلاق المحكم لعله على التشبيه (قوله أى لم يطلعوا) أقول : فقوله لم يظهروا من الظهور بمعنى الاطلاع .

والمراد بالنص الإماء ، قال سعيد والحسن وغيرهما : لاتغرنّكم سورة النور فإنها فى الإناث دون الذكور .
قال (ويعزل عن أمته بغير إذنها ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن

(قوله والمراد بالنص الإماء. قال سعيد والحسن وغيرهما لاتغرنّكم سورة النور فإنها فى الإناث دون الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح فى هذا التوجيه . وردّه صاحب الغاية حيث قال : أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف . وقال بعضهم فى شرحه : إنما أطلق السعيد ليتناول السعيدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ، وفيه نظر . لأنه يلزم حينئذ أن يكون للمشترك عموم فى موضع الإثبات وهو فاسد انتهى . أقول : نظره ساقط . إذ الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول فى قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ، ولا شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ، ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازانى فى التلويح : والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل ، والذى لايجوز عندنا دون الشافعى إنما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول فى إطلاق واحد كما تقرر فى علم الأصول ، وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح . وقال الشارح العينى بعد نقل كلام هؤلاء الشراح : ونظر صاحب الغاية فيه . قلت : نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم . أما وروده فلأنه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة ، وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير . وأما أن تعليله غير مستقيم فلأنه ادّعى فيه لزوم عموم المشترك . ولا نسلم ثبوت الاشتراك هاهنا لأن الاشتراك ماوضع لمعان انتهى . أقول : كلا دخليه ليس بشىء . أما الأول فلأنه لاشك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير ، فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة فى سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة إطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهما ، وإلا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة إظهار المراد وتعيينه . وإذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد هاهنا للسعيدين كما ذهب إليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الإطلاق . وأما الثانى فلأن لفظ سعيد علم مشترك ، والأعلام المشتركة مما تقرر أمره فى علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك هاهنا . وقوله لأن الاشتراك ما وضع لمعان لايجدى شيئا ، لأنه إن أراد بالمعانى ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق فى العلم المشترك أيضا بلا ريب ، وإن أراد بها الصور العقلية المقابلة للأعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة فى معنى المشترك . فإن المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدّد : أى شىء كان ذلك المتعدد الموضوع له . والأمر فى العلم المشترك كذلك فإنه لايتناول مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف فى موضعه . ثم إن صاحب العناية علل كون المراد بالنص الإماء بوجه آخر حيث قال : ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ـ فلو دخلوا فى قوله عزّ وجل ـ أو ماملكت أيمانهن ـ لزم التعارض انتهى . أقول : ليس ذلك بصحيح . أما أولا فلأنه ينتقض

وقوله (والمراد بالنص الإماء) يريد بالنص قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانهن ـ وهو جواب عن استدلال مالك والشافعى رحمهما الله به (قال سعيد) أى سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير . قال فى النهاية : أطلق اسم سعيد (ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين (والحسن وغيرهما) سمرة بن جندب (لاتغرنّكم سورة النور فإنها فى الإناث دون الذكور) ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ـ فلو دخلوا فى قوله تعالى ـ أو ما ملكت أيمانهن ـ لزم التعارض . وعورض بأن نظر الإماء إلى سيدتهن استفيد من قوله تعالى ـ أو نسائهن ـ فلو حملت هذه الآية على الإماء لزم التكرار ، وبأن الإماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى ـ أو نسائهن ـ وجب أن لاتكون مرادة من قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانهن ـ أيضا ، لأن البيان إنما يحتاج إليه فى موضع

(قوله ليتناول السعيدين) أقول : فيلزم الجمع بين معنيى المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول : عطف على سعيد فى قال سعيد (قوله فلو دخلوا فى قوله تعالى ـ أو ما ملكت أيمانهن ـ لزم التعارض) أقول : فيه بحث ، كيف ولو صح ماذكره لزم التعارض بين قوله ـ قل للمؤمنين ـ الآية ، وبين قوله ـ إلا لبعولتهن ـ الآية تأمل ، فالجواب بأنه مستثنى الجواب .

العزل عن الحرة إلا بإذنها . وقال لمولى أمة : اعزل عنها إن شئت ، ولأن الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير فى الجب والعنة . ولا حق للأمة فى الوطء فلهذا لاينقص حق الحرة بغير إذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه فى النكاح .

بخطاب الإناث أيضا بقوله تعالى ـ وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ـ فإن مقتضى ما ذكره أن لاتدخل الإماء أيضا فى قوله عز وجل ـ أو ماملكت أيمانهن ـ بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى ـ وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ـ مع أن دخول الإماء فيه مجمع عليه . وأما ثانيا فلأن اللازم من كون الذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ـ دخولهم فى جانب الغاضين من أبصارهم لا فى جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذى منع النظر إليه ، فإن كلمة من فى قوله تعالى ـ من أبصارهم ـ للتبعيض كما صرح به المفسرون . فكأن المعنى يغضوا بعضا من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة فى حق من منع النظر إليه . فلو دخل الذكور من المماليك فى قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانهن ـ لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلا . وإنما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبينة لما فى الآية الأخرى من الإجمال . وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال . فإن قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانهن ـ على تقدير أن لايدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا . وكذا نظائره من قوله تعالى ـ إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن ـ إلى آخر الآية كلها مبنية للإجمال الواقع فى الآية الأخرى كما لايخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه فى النكاح) يعنى قوله وإذا تزوج أمة فالإذن فى العزل إلى المولى عند أبى حنيفة رحمه الله . وعن أبى يوسف ومحمد أن الإذن إليها . قال فى البدائع . وجه قولهما أن لها حقا فى قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه . ولا يجوز البخس بحق الإنسان من غير رضاه . ووجه قول أبى حنيفة أن الكراهية فى الحرة لمكان خوف فوت الولد الذى لها فيه حق . والحق هاهنا فى الولد للمولى دون الأمة . وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة . قلنا : نعم لكن حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال ؛ ألا يرى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير إنزال ولا يكون لها حق الخصومة ؛ فدل هذا على أن حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال انتهى . وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال : أقول : إنما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه . بخلاف العزل فإنه بصنعه ولهذا يحتاج إلى رضاها فى العزل لا فيه انتهى . أقول : ليس هذا بشىء لأن عدم صنع الزوج فيه لايقتضى أن لايكون لها حق الخصومة ، إذ لاشك أن حقها لايسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ، ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة فى الجب والعنة بلا خلاف وإن لم يكونا بصنع الزوج . فتعين أن الوجه فى أن لايكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير إنزال كون حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال ، فكذا فى العزل تدبر .

الإشكال . ولا يشكل على أحد أن للأمة أن تنظر إلى سيدها كالأجنبيات . والملك إن لم يزد توسعة فلا أقل أن لايزيد تضييقا . وأجيب عن الأول بأن المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاتى فى صحبتهن ، لأنه ليس لمؤمنة أن تتجرد بين يدى مشركة أو كتابية . كذا عن ابن عباس رضى الله عنهما ، والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت أو غيرها . والنساء كلهن فى حل نظر بعضهن إلى بعض سواء ، والمراد من قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانهن ـ الإماء . وعن الثانى بأن حال الأمة يقرب من حال الرجال حتى تسافر من غير محرم ، فكان يشكل أنه يباح لها التكشف بين يدى أمتها ، ولم يزل هذا الإشكال بقوله أو نسائهن لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء ، والباقى واضح والله أعلم .

(فصل فى الاستبراءِ وغيره)

قال (ومن اشترى جارية فإنه لايقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى

(فصل فى الاستبراء وغيره)

قال الشراح : أخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد ، والمقيد بعد المطلق . وقال بعض الفضلاء : فإن قلت : أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق ؟ قلت : فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة ، فإنه يتضمن اللمس ، فالنهى عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى . أقول : لا السؤال بشىء ولا الجواب . أما الأول فلأنهم ما قالوا : لأن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق ، بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه ، فأخر مايتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق ، وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق ، وانتفاء المقيد لايستلزم انتفاء المطلق كما لايخفى فأنى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق . وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق فى ضمنه فيصح أن يقال : الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية . وأما الثانى فلأن مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت مافيه . وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطء ، لأن النهى عن المس إذا كان نهيا عن الوطء كان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا ، فكان ينبغى أن لايعنون الفصل السابق بالوطء استقلالا ، كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالا . ثم أقول : الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم مافى مسئلة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء ، فإن العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الإنزال أخرج فينزل خارج الفرج ، وأن مرادهم بالوطء المقيد هاهنا ماقيد بزمان ، فإن الوطء فى الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفى العزل مطلق عنه ، وأن المراد بالوطء المذكور فى عنوان الفصل السابق أيضا ما فى ضمن تلك المسئلة كما نبهت عليه فى صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فإنه لايقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولاينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول : فى إطلاق هذه المسئلة نظر ، فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أوكانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها أوكانت معتدة الغير فانقضت

(فصل فى الاستبراء وغيره)

أخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق ، يقال استبرأ الجارية أى طلب براءة رحمها من الحمل . وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة ، كانت به وقعة للنبى صلى الله عليه وسلم . الاستبراء واجب ، وله سبب وعلة وحكمة . أما وجوبه فبحديث سبايا أوطاس « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة . ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع أبلغ نهى مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه

(فصل فى الاستبراء وغيره)

(قوله لأنه احتراز عن وطء مقيد ، والمقيد بعد المطلق) أقول : فإن قلت : أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق ؟ قلت : فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللمس ، فالنهى عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل . ثم قوله وطء مقيد : أى مقيد بزمان (قال المصنف : والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى الخ) أقول : جمع الحائل وهى التى لاحبل لها . وقيل : إنما قال الحيالى لتزاوج الحبالى . والقياس أن يقال : الحوائل لأنها جمع حائل ، ونظيره الغدايا والعشايا ، كذا فى شرح الكاكى ، والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول : تأمل فى مدخلية هذا القيد فى إفادة

حتى يستبر أن بحيضة » أفاد وجوب الاستبراء على المولى ، ودلّ على السبب فى المسبية وهو استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود فى مورد النص ، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه ؛

عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شىء من هذه الصور كما صرحوا به . وسيظهر مما ذكروا فى حيلة الاستبراء مع أن كلا من هاتيك الصور داخلة فى إطلاق هذه المسئلة كما ترى . فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لأنه هو الموجود فى مورد النص) قال بعض الفضلاء : فى الحصر كلام . فإن السبى من جملة ماوجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية . فإن الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء المملك حينئذ انتهى . أقول : كلامه ساقط ؛ إذ لاشك أن مراد المصنف حصر مايصلح للسببية فى مورد النص فى استحداث الملك واليد ؛ فالمعنى لأنه أى استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية فى موردالنص وقول ذلك القائل وهويصلح للسببية ممنوع : فإن ماذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية إنما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبى كما لايخفى على من تأمل فى تقرير المصنف فى بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلا عليها ؛ على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبى فى السببية بأوضح وجه حيث قال لايقال الموجب كونهامسبية لأن كونها مسبية إضافة والإضافات لامدخل لها فى العلة لأنه لو اعتبر ذلك انسدّ باب القياس وأنه مفتوح بالنصوص ؛ فلم يبق هاهنا إلا كونها مملوكة رقبة ويدا وهو المؤثر كما ذكر فى الكتاب انتهى . ثم إن قول ذلك القائل فإن الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء المملك حينئذ ممنوع أيضا ؛ فإن علة الاستبراء هى إرادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشترى لاعلى البائع كما سيأتى فى الكتاب . فمن أين كان استبراء المملك قبل مباشرته السبب ظاهرا . ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر إلى ماهو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه . فذلك لاينافى وجوب الاستبراء على المملك . بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فإن مجرد توهمه كاف فى وجوبه كما سيظهر من البيان الآتى فى الكتاب (قوله وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه) أورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم إمكان الاختلاط بينهما على مامر فى باب التدبير والاستيلاد فكيف بنوا هاهنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى ؟ أقول : ليس هذا بشىء إذ ليس المراد بالاختلاط المذكور فى قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقى بل المراد به هو الاختلاط الحكمى وهو أن لايتبين أن الولد من

وذلك لايكون إلا للوجوب . وأما سببه فهو استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود فى مورد النص . وأما علته فهى إرادة الوطء . فإنه لايحل إلا فى محل فارغ فيوجب معرفة فراغه . وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه ، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بماء محترم بأن لايكون من بغىّ ، وإنما قيد بذلك وإن كان الحكم فى غير المحترم كذلك فإن الجارية الحامل من الزنا لايحل وطؤها حملا للحال على الصلاح ، أما الحكمة فلا تصلح لإضافة الحكم إليها لتأخرها عنه ، وأما العلة هاهنا فكذلك ،

النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فإنها ليست بظاهرة ، إلا أن يقال : لو لم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعلوم سابقا (قوله وذلك لايكون إلا للوجوب) أقول : أى لوجوب الانتهاء (قوله لأنه هو الموجود فى مورد النص) أقول : فى الحصر كلام ، فإن السبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية ، فإن الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء المملك حينئذ ، نعم يلحق به الإرث والوصية فتأمل (قال المصنف : وهو أن يكون الولد الخ) أقول : أى الاستبراء لأن يكون الولد الخ ، وحذف الجار مع أن وأن قياس (قال المصنف : لأن العلة الحقيقية إرادة الوطء) أقول : لعل المراد هو التمكن الشرعى (قوله وإنما قيد بذلك : إلى قوله : على الصلاح) أقول : قوله حملا تعليل لقوله وإنما قيد ، وقوله فإن الجارية تعليل لقوله كذلك (قوله ولتأخرها عنه) أقول : ولبطء منها .

وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ، ويجب على المشترى لا على البائع لأن العلة الحقيقية إرادة الوطء ، والمشترى هو الذى يريده دون البائع فيجب عليه ،

أى ماء انعلق يرشد إليه قول المصنف والأنساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافى فى تعليل الاختلاط إذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدرى أنه منه أو من غيره انتهى . والذى ينكرونه إنما هو اختلاط الماءين اختلاطا حقيقيا ، فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لايخفى على ذى فطرة سليمة أن فى مرجع ضمير هو فى قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه ، وعن هذا قد افترقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية : قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب : أى المراد من توهم الشغل بماء محترم ، وهو أن يكون الولد بحيث يمكن إثبات نسبه من غيره انتهى . أقول : فيه خلل ، فإن تفسيره المذكور يشعر بإرجاعه ضمير هو إلى توهم الشغل بماء محترم ، وليس بسديد لأن الأمر فى حقيقة الشغل بماء محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل ، على أنه لم يذكر مايصحح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضمير هو الراجع إلى توهم الشغل على مقتضى تقريره ، ولا يتم المعنى بدون ذلك ، إذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تأمل . وقال بعض الفضلاء : قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب : أى الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أنّ وأن قياس انتهى . أقول : فيه أيضا خلل ، فإن الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعا لضمير هو هاهنا ليس هو لأن يكون الولد ثابت النسب بل لإرادة الوطء نظرا إلى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا إلى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد ، كيف ولو لم يدّع المشترى نسب الولد الذى جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الأمة ضعيفا على ماعرف فى محله ، فما معنى القول بأن الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب فتأمل . وأقول : فى حل المقام : إن ضمير هو هاهنا راجع إلى ماء محترم مذكور قبيله . فالمعنى ، وهو أى الماء المحترم بأن يكون الولد ثابت النسب حذف الجار من كلمة إن كما هو القياس على ماعرف فى علم النحو ، وكون الولد ثابت النسب إنما يتحقق بأن تكون الأمة من فى ملك الغير نكاحا أو يمينا فتدبر . قال تاج الشريعة : وإنما قيده بماء محترم وإن كان الحكم فى غير المحترم كذلك ، فإن الجارية إذا كانت حاملا من الزنا لايحل وطؤها لأنه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لأن وضع الشرع أن لايكون إلا فى الحلال انتهى كلامه . واقتفى أثره صاحب العناية فى خلاصة هذا التوجيه حيث قال فى بيان ماء محترم : بأن لايكون من بغىّ ، وقال : وإنما قيد بذلك وإن كان الحكم فى غير المحترم كذلك فإن الجارية الحامل من الزنا لايحل وطؤها حملا للحال على الصلاح انتهى . وسلك بعض المتأخرين فى توجيه التقييد بماء محترم مسلكا آخر ، وقصد ردّ التوجيه الأول حيث قال : ولا يكون من بغىّ لما سبق فى كتاب النكاح أن نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ، فإذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ، ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا ، فإنه لايحل وطؤها لأن ذلك شغل محقق ، ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل ، على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أن قوله لما سبق فى كتاب النكاح أن نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى هاهنا ، لأن جواز نكاح المزنية وجواز وطئها للزوج بلا استبراء لايدل على جواز وطء الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء . كيف والذى سبق فى كتاب النكاح هو أنه إذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لا أحبّ له أن يطأها مالم يستبرئها ، لأنه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما فى الشراء . ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء ، بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل . فقد تلخص منه أنه لاخلاف فى وجوب الاستبراء فى الشراء مطلقا ، وإنما الخلاف فى الاستبراء فى نكاح المزنية ، والكلام هاهنا فى الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب أصلا .

لأن الإرادة أمر مبطن لايطلع عليه ، لأن بعض من يستحدث الملك قد لايريد ذلك فيدار الحكم على دليل الإرادة وهو التمكن من

غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا . فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم إلى

والثانى أن قوله فإذا جاز وطؤها بلا استبراء صح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ليس بمستقيم . لأن مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء فى باب تملك الجارية بالكلية . إذ احتمال الزنا غير منتف فى كل جارية مملوكة وإن كان مراده أنه إذا جاز وطؤها بلا استبراء فى صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى فى تلك الصورة لايتم التقريب كما لايخفى . والثالث أن قوله فى دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لأن ذلك لشغل محقق : ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل . إنما يتم أن لو كان الاحترام فى قول المصنف بماء محترم قيدا لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا . والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا للمجموع . وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال فى شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب : وهو أى احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهما أن يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب انتهى . فإذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فإن رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا . والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح مما لاحاصل له هاهنا . فإن مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فى الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء فى الجارية الحامل من الزنا أيضا مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا . والقول بأن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لايدفع النقض بل يؤيده كما لايخفى (قوله غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية فى بيان هذا : فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه أراده . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث . فإنه غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه . وقال : ولعل الأولى أن يقول : فإن الظاهر أن المتمكن منه يريده . والتمكن إنما يثبت الخ . والمراد من التمكن هو التمكن الشرعى انتهى . أقول : كل من إيراده وما اختاره ليس بتام . أما الأول فلأن كون غير صحيح المزاج ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع . فإن غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء ، والمنع عن الشىء إنما يكون عند القدرة عليه ؛ ألا يرى أنه لامعنى لأن يقال الأعمى ممنوع عن النظر إلى المحرمات . وعن هذا قال تاج الشريعة فى بيان أن الاستبراء يجب على المشترى لا على البائع لأن الشارع نهى عن الوطء ، والنهى إنما يستقيم عند تمكن الوطء والتمكن للمشترى لأنه هو المتملك لاعلى البائع لأنه معرض انتهى . وأما الثانى فلأنه كيف يكون المراد من التمكن هاهنا هو التمكن

الوطء . فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه أراده والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا . هذا فى المسببة . ثم تعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بأن جعلت الأمة بدل الخلع والكتابة بأن جعلت الأمة بدلا فيها . فإن قيل : الموجب ورد فى المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها ؟ فالجواب أن غيرها فى معناها حكمة وعلة وسببا فألحق بها دلالة . وإذا ظهر هذا قلنا : وجب على المشترى من مال الصبى بأن باع أبوه أو وصيه ، وإن كان لايتحقق الشغل شرعا فيحتاج إلى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له فى التجارة ومن لايحل له وطؤها لكونها أخته رضاعا أو ورثها وهى موطوءة أبيه ، وكذا إذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد . ولا يجتزأ بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها . وقال أبويوسف رحمه الله : يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة . ولا بالتى حصلت بعد الاستحداث بسبب من الأسباب قبل القبض ، ولا بالولادة الحاصلة بعدها : أى بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب . لأن السبب استحداث الملك واليد وهى إنما تكون بالقبض ، ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده

(قال المصنف : وأدير الحكم عليه) أقول : وجودا وعدما كما فى هذه الصحيفة (قوله فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه الخ) أقول فيه بحث ، فإن غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه ، ولعل الأولى أن يقول : فإن الظاهر أن المتمكن منه يريده ، والتمكن إنما يثبت الخ ، والمراد من التمكن هو التمكن الشرعى (قوله وقال أبو يوسف : يجتزأ بها) أقول : الأولى تأخيره عن قوله ولا بالولادة

سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك . وكذا يجب على المشترى من مال الصبيّ ومن المرأة والمملوك وممن لايحل له وطؤها . وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل . وكذا لايجتزأ بالحيضة التي اشتراها فى أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لأبى يوسف رحمه الله . لأن السبب استحداث الملك واليد ، والحكم لايسبق السبب . وكذا لايجتزأ بالحاصل قبل الإجازة فى بيع الفضولى وإن كانت فى يد المشترى ، ولا بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب فى جارية للمشترى فيها شقص فاشترى الباقى) لأن السبب قد تم الآن والحكم يضاف إلى تمام العلة . ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها بعد القبض وهى مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد إذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما فى حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة) أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما . ولها نظائر كثيرة كتبناها فى كفاية المنتهى . وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعى لإفضائها إليه . أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع . بخلاف الحائض حيث لاتحرم الدواعى فيها لأنه لا يحتمل الوقوع

الشرعى ، والظاهر أن التمكن الشرعى مما هو محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعا . ولا شك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلابد أن يكون دليلها أيضا متقدما عليه ، والمفروض أنه هو التمكن من الوطء . فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعى دون التمكن الطبعى لزم أن يتمكن من المحرم الشرعى تمكنا شرعيا وهو ظاهر المحذور تأمل (قوله وكذا يجب على المشترى من مال الصبيّ ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها ، وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لخفائها) وعن هذا قالوا : إن الحكمة تراعى فى الجنس لا فى كل فرد . واعترض عليه صدر الشريعة فى شرح الوقاية . وأجاب حيث قال : يرد عليه أن الحكمة لا تراعى فى كل فرد ولكن تراعى فى الأنواع المضبوطة ، فإذا كانت الأمة بكرا أو مشتراة ممن لايثبت نسب ولدها منه ينبغى أن لايجب الاستبراء ، لأن عدم الشغل بالماء المحترم متيقن فى هذه الأنواع . والجواب أنه إنما يثبت بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة » فإن السبايا لاتخلو من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك . ومع هذا حكم النبيّ صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة ، فإذا ثبت الحكم فى السبيّ على العموم ثبت فى سائر أسباب الملك كذلك قياسا ، فإن العلة معلومة ، ثم تأيد ذلك بالإجماع ، إلى هنا كلامه . وأجاب صاحب الإصلاح والإيضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال : إن توهم الشغل ثابت فى البكر وفى المشترية ممن لايثبت نسب ولدها منه . أما فى الأولى فلأن احتمال وصول الماء إلى الرحم

واضح . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن السبب استحداث الملك واليد والحكم لايسبق السبب (ولا يجب الاستبراء على الآبقة) يعنى التى أبقت فى دار الإسلام ثم رجعت إلى مولاها ، فإن أبقت إلى دار الحرب ثم عادت إليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوها فلم يحدث الملك ، وعندهما يجب عليه الاستبراء لأنهم ملكوها . وقوله (حرم الدواعى لإفضائها إليه) أى إلى الوطء كما إذا ظاهر من امرأته فإنه حرم وطأها وحرم دواعيه لإفضائها إليه .

(قوله إشارة ، إلى قوله : لأن السبب استحداث الملك الخ) أقول : فإن قيل : المشترى شراء فاسدا يملك بالقبض على مامر فالسبب موجود فيه . قلنا : المطلق ينصرف إلى الكامل ، فالمراد استحداث الملك الصحيح .

فى غير الملك . ولأنه زمان نفرة فالإطلاق فى الدواعى لايفضى إلى الوطء والرغبة فى المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضى إليه ولم يذكر الدواعى فى المسبية . وعن محمد أنها لاتحرم لأنها لايحتمل وقوعها فى غير الملك

قائم بدون زوال العذرة . وأما فى الثانية فلما ذكر فى الكافى من أن المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره . ورد الجواب الذى ذكره صدر الشريعة : بأن الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما . بل على الحكمة بأنها لاتصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الأنواع المضبوطة انتهى . وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لأن مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة فى الأنواع ليعم الحكم تلك الأنواع لالتكون الحكمة حكمة . فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع هاهنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها اهـ . أقول : ليس هذا بشىء . فإن شرع الصانع الحكيم لايخلو عن الحكمة والفائدة . فمنها مالا يتيسر وقوف البشر عليه ، ومنها مايتيسر ذلك . ولما كان مانحن فيه من قبيل الثانى تعرّض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا إنها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم ، وهذا لاينافى ثبوت عموم الحكم بدليل من الأدلة الشرعية . فإن الدليل الشرعى فى كل حكم شرعى مما لابد منه وهو غير الحكمة فيه ، ولا يدفع الحاجة إلى ثبوت الحكمة فيه ؛ فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع هاهنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا ، فإن مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عدّه أساطين الفقهاء حكمة فى هذه المسئلة لأن يكون حكمة فيها . وهذا مما لايتجاسر عليه المتشرع . ثم أقول : بقى شىء آخر فى جواب صدر الشريعة . وهو أن قوله فإذا ثبت الحكم فى السبى على العموم ثبت فى سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام . فإن النص ورد فى المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بما وهو الملك كما صرح به فى العناية وغيرها ، وشرط القياس أن لايكون حكم الأصل معدولا عن سنن القياس كما عرف فى علم الأصول فأنى يتيسر إثبات الحكم فى سائر أسباب الملك بطريق القياس . فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياسا . فإن الشرط المذكور منتف فى الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر الدواعى فى المسبية . وعن محمد أنها لاتحرم) قال فى العناية : واستشكل ذلك حيث تعدّى الحكم من الأصل وهى المسبية إلى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعى فى غير المسبية دونها . وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور فى الكتاب . وفيه نظر من وجهين : أحدهما : أن التعدّى إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع ، لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف فى موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط . والثانى أن مادل على حرمة الدواعى فى غير المسبية أمران : الإفضاء ، والوقوع فى غير الملك ، فإن لم تحرم بالثانى فلتحرم بالأول . إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط . ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هاهنا بطريق الدلالة كما تقدم ، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه ، والدليل هنا أن حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعى وأكثر الفقهاء . فلما كان علتها فى المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ، ولما كان فى غيرها أمران تعاضدا

وقوله (ولم يذكر الدواعى فى المسبية) يعنى فى ظاهر الرواية . وعن محمد رحمه الله أنها لاتحرم . واستشكل ذلك حيث تعدّى الحكم من الأصل وهى المسبية إلى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعى فى غير المسبية دونها . وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور فى الكتاب . وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدّى إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف فى موضعه ، وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط . والثانى أن مادل على حرمة الدواعى فى غير المسبية أمران : الإفضاء والوقوع فى غير المالك ، فإن لم تحرم بالثانى فلتحرم بالأول ، إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط . ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم . ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه ، والدليل هاهنا أن حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعى وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علتها فى المسبية أمرا واحدا لم تعتبر

(قوله ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل) أقول : لم لايجوز مثل ذلك فى القياس فإنه يكون بدليل آخر ، وليس بتغيير ليستلزم فقدان شرط القياس فليتأمل .

لأنه لو ظهر بها حبل لاتصح دعوة الحربيّ ، بخلاف المشتراة على مابينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الأشهر بالشهر) لأنه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة . وإذا حاضت فى أثنائه بطل الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة . فإن ارتفع حيضها تركها ، حتى إذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية . وقيل يتبين بشهرين

اعتبرت . إلى هنا لفظ العناية . أقول : فى قوله فلما كان علتها فى المسبية أمرا واحدا لم تعتبر نظر ، فإن العلة إذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لاتنافى اعتبارها . ولا تضر بالعمل بها وإن كان الحكم مما وقع الاجتهاد فى خلافه . كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لاتكفى فى المسائل الخلافية ، بل نرى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة . والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى . والظاهر أن الإفضاء إلى الحرام علة صحيحة تامة . ولهذا قالوا فى تعليل حرمة الدواعى قبل الاستبراء فى غير المسبية لإفضائها إلى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها فى ملك الغير . ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين ، واكتفوا فى تعليل حرمة الدواعى فى كثير من المسائل بالعلة الأولى كما فى الظهار والاعتكاف والإحرام ، وفى المنكوحة إذا وطئت بشبهة كما سيجىء فى الكتاب . هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك : ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى . أقول : ليس هذا بمستقيم . أما أولا فلأن المنع وظيفة المجيب . فإن حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور فى النظر وهو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بتغيير كما عرف فى علم الأصول ، والاستناد بأنها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير فى هذا الطريق ، فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة . وأما ثانيا فلأن منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا ، إذ قد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لايكون حكم الأصل معدولا عن القياس . وقد ذكر صاحب العناية فيما مرّ أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه . وإنما يتيسر الإلحاق بطريق الدلالة . وقد أشار إليه هاهنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك . ثم إن لذلك البعض فى هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على مابينا) قال صاحب العناية . وقوله على مابينا إشارة إلى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العينى . أقول : هذا خبط ظاهر ، إذ لافرق بين المسبية والمشتراء فى كون الرغبة فى كل واحدة منهما أصدق الرغبات . فكيف يصح أن يشير المصنف فى بيان الخلاف بينهما إلى مالا فرق بينهما فيه أصلا . وإنما الصواب أن قوله على مابينا إشارة إلى قوله أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع إذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لأنها لاتحتمل وقوعها فى ملك الغير لأنه لو ظهر بها حبل لاتصح دعوة الحربى اه (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية : وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « ولا الحبالى حتى يضعن حملهن » انتهى . أقول : قد سها الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال « ولا الحبالى حتى يضعن حملهن » مع أن لفظه « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى حتى يستبرأن » ولعمرى إن هذا كان أظهر من أن يخفى فكأن السهو وقع من

ولما كان فى غيرها أمران تعاضدا اعتبرت . وقوله (على مابينا) إشارة إلى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات . وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « ولا الحبالى حتى يضعن حملهن » وقوله (وإن ارتفع حيضها) أى امتدّ طهرها فى أوان

(قوله وقوله على ما بينا إشارة ، إلى قوله : والرغبة الخ) أقول : بل إشارة إلى قوله ولاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع ، فإن بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ، ولا وجه لجعله إشارة إلى ما ذكره كما لايخفى .

أو ثلاثة . وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام . وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والأمة فى الوفاة . وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبى حنيفة . قال (ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة . والمأخوذ قول أبى يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك . وقول محمد فيما إذا قربها . والحيلة إذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها . ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشترى قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج . لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء . وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير . قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر) لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعى للإفضاء إليه . لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كما فى الاعتكاف والإحرام وفى

طغيان القلم فالله خير حافظا (قوله والحيلة إذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال بعض المتأخرين : أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد . قال الإمام قاضيخان فى فتاواه فى تصوير المسئلة : إذا أراد أن يشترى الجارية يتزوجها المشترى قبل الشراء إذا لم يكن فى نكاحه حرة ثم يسلمها إليه المولى ثم يشترى فلا يجب عليه الاستبراء . ثم قال : وإنما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح . يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء . وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له . بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فإن القبض السابق بحكم التزوج وإن عرض له كونه قبضا بحكم الشراء . إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأنه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده . واستشهد عليه بما ذكره الإمام قاضيخان فى فتاواه وليس بتام . فإن ماذكره الإمام قاضيخان إنما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه . وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا فى هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء . وعن هذا قال فى الذخيرة والمحيط البرهانى : وإن لم تكن تحت المشترى حرة فلإسقاط الاستبراء حيلة أخرى . وهى أن يتزوجها المشترى قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء . لأن النكاح يثبت له عليها الفراش ، فإنما اشتراها وهى فى فراشه . وقيام الفراش له عليها دليل شرعى على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى . والمصنف قد

الحيض لا يطؤها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل جامعها لأن المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضى مدة تدل على أن الحبل لو كان لظهر وليس فيها تقدير فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ماذكر فى الكتاب الخ . قيل والأول أصح ، وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل فى ذلك غالبا . وقوله (ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها) لف ونشر : يعنى يشتريها ويقبضها إذا زوجها البائع أو يقبضها إذا زوجها المشترى قبل القبض . وقيد بقوله ممن يوثق به لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له . والحيلة فى تمشية هذه الحيلة أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء ، وقيد بقوله ثم يطلق الزوج : يعنى بعد القبض ، لأنه إن طلقها قبله كان على المشترى الاستبراء إذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد رحمه الله . لأنه إذا طلقها قبل القبض فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها فى هذه الحالة وليست فى نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء . وقوله (إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء) لأن القبض إذ ذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة ؛ ألا ترى أن تزويج المشترى وإن كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن. وقوله (كما إذا كانت معتدة الغير) يعنى إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء ، لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشترى . فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب. قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء ، لكنها مذكورة فى الجامع الصغير استطرادا ،

المنكوحة إذا وطئت بشبهة ، بخلاف حالة الحيض والصوم ، لأن الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا وأكثر العمر نفلا ، في المنع عنها بعض الحرج ، ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها . وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض » قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك

اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ، ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء . وأما ثانيا فلأن قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد . لأن حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء ؛ ألا يرى إلى قول المصنف فيما بعد لأن عند وجوب السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك . وكان الصواب أن يقول : وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تأمل تقف . ثم قال ذلك البعض : ثم إن صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلتفت إلى هذا الشرط ، إلا أنه صوّر المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيصا على عدم الاشتراط به ، وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال : والحيلة إن لم تكن تحت المشترى حرّة أن يتزوّجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء . لأن بالنكاح ثبت له عليها الفراش . وإنما اشتراها وهي فراشه . وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير . ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لأنها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى . فإن قلت : لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين . فإنها وإن كانت حلالا له بالنكاح إلا أنه زال ذلك بزواله بالشراء ، فزمان الشراء خال عن الحل . أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لأنه زمان زواله . وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلأنه يستعقبه الشراء ؛ فإن المشترى مالم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد إيجاب البائع لم يحصل له الحل . قلت : هذه مغالطة . لأن وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه ؛ فزمان التلفظ بالحرف الأخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح . لا يقال : سلمنا أن نوع الحل مستمرّ ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل ، إلا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين . وذلك كاف في وجوب الاستبراء لأنا نمنع ذلك ؛ بل الواجب حصول الحل بملك العين بعد أن لم تكن حلالا له بسبب من الأسباب ، هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر . إذ لقائل أن يقول : الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه ، فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا . فلم يصلح ماذكره حيلة لإسقاطه أصلا فتأمل ؛ فإن هذا من المطارح ، إلى هنا لفظ ذلك البعض . أقول : ما أورده في خاتمة كلامه ليس بشيء ، فإنه إن أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا ، وإن أراد به أنه يتعقبه ذاتا : أي يتوقف عليه فهو مسلم ، ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا . وبالجملة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ، ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان مّا عن الحل مطلقا فيمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لأن الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية : أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر

فإن الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ، ويجوز أن يقال : صدّر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره . وقوله (لأن الحيض يمتد شطر عمرها) قال في النهاية : أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر . وفيه نظر لأنه يشير إلى أن الشطر هو النصف . ويتقوّى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما . وقوله (ومن له أمتان أختان فقبّلهما) هذه على ثلاثة أوجه : أما إن قبلهما أو لم يقبلهما أو قبل إحداهما . فإن لم يقبلهما أصلا

(قوله ويجوز أن يقال : صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول : لكنها من مسائل باب الظهار .

فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها) وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لايجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ ولا يعارض بقوله تعالى ـ أوماملكت أيمانكم ـ لأن الترجيح للمحرم ، وكذا لايجوز الجمع بينهما فى الدواعى لإطلاق النص . ولأن الدواعى إلى الوطء بمنزلة الوطء فى التحريم على مامهدناه من قبل . فإذا قبلهما فكأنه وطئهما . ولو وطئهما فليس له أن يجامع إحداهما ولا أن يأتى بالدواعى فيهما . فكذا إذا قبلهما وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة لما بينا إلا أن يملك

فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر انتهى . واقتفى أثره صاحب الكفاية . وقال صاحب معراج الدراية : أى قريب شطر عمرها وهو الثلث . أو المراد البعض انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية : وفيه نظر . لأنه يشير إلى أن الشطر هو النصف ، ويتقوّى بذلك استدلال الشافعى علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى . أقول : نظره ساقط جدا . فإن الحديث الذى استدل به الشافعى علينا هو قوله عليه الصلاة والسلام فى نقصان دين المرأة « تقعد إحداهن شطر عمرها لاتصوم ولا تصلى » ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض . والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشرة يوما . وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه : ليس المراد بالشطر فى الحديث حقيقته . لأن فى عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الإياس ولا تحيض فى شىء من ذلك ، فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر . وإذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى . فظهر من ذلك أنه إذا كان الشطر هو النصف كما أشار إليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهرى فى صحاحه والمطرّزى فى المغرب لايتقوّى استدلال الشافعى علينا بالحديث المذكور ، بل لايتمشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا . بل لابد وأن يحمل على المجاز بأن يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك . وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا . فكأن صاحب العناية نسى ماقدمت يداه . ثم إن بعض المتأخرين قال فى هذا المقام : وشطر الشىء نصفه وبعضه . والمراد به هنا هو الثانى دون الأول كما ذهب إليه صاحب النهاية . ولهذا أوّله بما يقرب من شطره وقال : فإنه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشرة يوما وهى نصف الشهر فكأنه زعم أن الشطر لايجىء إلا بمعنى النصف انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بسديد . لأن مجىء الشطر بمعنى البعض إنما ذكره صاحب القاموس حيث قال : الشطر نصف الشىء وجزؤه . ومنه حديث الإسراء « فوضع شطرها » أى بعضها انتهى . ولكن ذاك ليس بقطعى فى أن يكون الشطر حقيقة فى معنى البعض أيضا . فإن أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز . ولئن سلم أنه حقيقة فى معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام . لأن مجرد تحقق الحيض فى بعض عمرها لايقتضى الحرج فى المنع عن الدواعى أيضا حالة الحيض . وإنما الذى يقتضى الحرج فى ذلك تحقق الحيض فى نصف عمرها أو فى قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض إذ ذاك وهو المفضى إلى الحرج . فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع فى عبارة المصنف هاهنا على النصف ، وأوّله بالقريب من النصف ليوافق مذهبنا فى أكثر مدة الحيض (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لايجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ ولا يعارض بقوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانكم ـ لأن الترجيح للمحرم) قال تاج الشريعة : فإن قلت : الأصل فى الدلائل الجمع وأمكن هنا بأن يحمل قوله ـ وأن تجمعوا ـ على النكاح وقوله ـ أوماملكت

كان له أن يقبل ويطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب . وإن كان قبل إحداهما كان له أن يطأ المقبلة دون الأخرى . وأما إذا قبلهما بشهوة . وقيد بذلك لأنه إذا لم يكن بشهوة لايكون معتبرا فالحكم ماذكره فى الكتاب ، وهومذهب على رضى الله عنه عملا بإطلاق قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ وكان عثمان رضى الله عنه يقول : أحلتهما آية : يعنى قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانكم ـ وحرمتهما آية : يعنى قوله تعالى ـ وأن تجمعوا بين الأختين ـ والأصل فى الأبضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين . قال المصنف رحمه الله (ولا يعارض بقوله تعالى ـ أوماملكت أيمانكم ـ لأن الترجيح للمحرم) لايقال : يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لأن النكاح سبب مشروع للوطء . فحرمة الجمع بينهما

فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها ، لأنه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا . وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره . وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل ، لأن الوطء يحرم به . وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها . وكذا الكتابة كالإعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله .

أيمانكم ـ على ملك اليمين . قلت : المعنى الذى يحرم الجمع بين الأختين نكاحا وجد هنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضا . ولأن قوله ـ أو ماملكت أيمانكم ـ مخصوص إجماعا ، فإن أمه وأخته من الرضاع والأمة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه . واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العينى . أقول : فى كل من وجهى الجواب نظر . أما فى الوجه الأول فلأن حاصله أنه على تقدير أن يحمل قوله ـ وأن تجمعوا ـ على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الأختين وطأ بملك اليمين أيضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه أيضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس بتام ، إذ قد تقرّر فى أصول الفقه أن عبارة النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض . والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانكم ـ حلّ الجمع بين الأختين المملوكتين وطأ بالعبارة ، ولا أقل من أن يكون بالإشارة ، فيلزم أن يترك بها دلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى قاعدة الأصول . وأما فى الوجه الثانى فلأن حاصله أن قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانكم ـ من قبيل العام الذى خص منه البعض فصار ظنيا لتمكن الشبهة كما عرف فى علم الأصول . فلا يصلح أن يعارض ماهو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام أيضا ، إذ قد تقرّر فى أصول الفقه أن العام الذى خص منه البعض إنما يكون ظنيا إذا كان المخصص موصولا ، وأما إذا كان مفصولا متأخرا فالخاص إذ ذاك يكون ناسخا للعام فى القدر الذى تناوله الخاص ، ويكون العام فى الباقى قطعيا بلا شبهة . والظاهر أن مخصص الأم والأخت من الرضاع والأمة المجوسية من قوله تعالى ـ أو ماملكت أيمانكم ـ ليس بموصول به ، فلم يكن ظنيا فى الباقى بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لايصلح للمعارضة فتأمل (قوله وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره) قال صاحب العناية : قوله فينتظم التمليك بسائر أسبابه : أى أسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى . أقول : فى بعض تمثيلاته خطأ ، وهو الوصية والميراث والكتابة . أما فى الوصية والميراث فلأن تمليك الغير فى الوصية والميراث إنما يثبت بعد موت الموصى والمورّث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك فى قوله فإنه لايجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح ، فإن شيئا من المجامعة والمسّ والنظر لايتصوّر بعد الممات ، على أن نفس التمليك أيضا على حقيقته غير متصوّر فى الإرث . وأما فى الكتابة فلأنها ملحقة بالإعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالإعتاق فى هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخلة فى قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك . إذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه . ولا يتصوّر تمليك الفرج غيره ملك يمين بالكتابة كما لايخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا (قوله وكذا الكتابة كالإعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية : كلمة كذا فى قوله وكذا الكتابة كالإعتاق زائدة . وقال الشارح العينى بعد نقل ذلك : قلت زيادة كذا فى كلام العرب غير مشهورة انتهى . أقول : هذا كلام عجيب . إذ لاشك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا هاهنا زائدة : أى مستدركة لا أنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العينى حتى يتوجه إليه قوله زيادة كذا فى كلام العرب غير مشهورة . وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه . فما ذكره العينى لغو محض . ثم أقول : يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك فى كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا : أى وككون إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق الكل الكتابة كالإعتاق : أى كإعتاق الكل . فحينئذ يصير المقصود من كلمة كذا

نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب ترجيح المحرم . والباقى واضح . قوله (وكذا الكتابة كالإعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (فى هذا) أى فى أنه يحل وطء الأخرى . واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحلّ فرجها لغيره فكان ينبغى أن لايحل له وطء الأخرى . وأجيب بأن الحلّ يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها ،

وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لاتحل الأخرى : ألا يرى أنها لاتخرج بها عن ملكه . وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح . أما إذا زوّج إحداهما نكاحا فاسدا لايباح له وطء الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه . لأنه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح فى التحريم . ولو وطئ إحداهما حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة . وكل امرأتين لايجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الأختين . قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أوشيئا منه أو يعانقه) وذكر الطحاوى أن هذا قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام عانق جعفرا رضى الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه » ولهما ما روى

هاهنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا فى قوله وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها هو التشبيه أيضا بما قبله ، فكأنه قال : وأيضا الكتابة كالإعتاق فى هذا ، والغرض من التشبيه التشريك فى تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لاتحل الأخرى : ألا يرى أنها لاتخرج بها عن ملكه) أقول : كان الظاهر فى التعليل هنا أن يقول : لأنه لاتثبت بها حرمة الوطء . فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لايقتضى أن لاتحل له الأخرى : ألا يرى أنها لاتخرج عن ملكه بالكتابة أيضا كما تقرر فى كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضا هنا فيما قبل : مع أنه إذا كاتب إحداهما تحل له الأخرى كما مر آنفا : وحمل الملك فى قوله لاتخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لايخفى . إذ المستعمل فى اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء : وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة . وعن المكاعمة وهى التقبيل) قال فى غاية البيان : وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر . لأنه قال فى ديوان الأدب وغيره : كامع امرأته : ضاجعها ، وكاعم المرأة : قبّلها . وقال فى الفائق : « نهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكاعمة » : أى عن ملاءمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لاستر بينهما إلى هنا لفظ غاية البيان . وقال العينى بعد نقل ذلك : قلت فيه نظر . لأن المضاجع هو المعانق غالبا ، ولا يضاجع أحد غيره إلا والغالب أنه يعانقه اه . أقول : ليس هذا بشىء . لأن كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ، ولوسلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هى

فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الأخرى . وقوله (ويكره أن يقبّل الرجل فم الرجل الخ) واضح . وعن عطاء أن ابن عباس رضى الله عنهما سئل عن المعانقة فقال : أوّل من عانق إبراهيم الخليل صلوات الله عليه ، كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين ، فلما كان بالأبطح قيل له فى هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن ، فقال ذو القرنين : ماينبغى لى أن أركب فى بلدة فيها إبراهيم خليل الرحمن ، فنزل ومشى إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه ، فكان هو أوّل من عانق . والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال : المكروه من المعانقة ماكان على وجه الشهوة ، وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله فى إزار واحد فإنه سبب يفضى إليها ، فأما على وجه البرّ والكرامة إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به . وعن سفيان رحمه الله : تقبيل يد العالم سنة . وتقبيل يد غيره لايرخص فيه . ولم يذكر القيام تعظيما للغير . وروى عن أنس رضى الله عنه « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام » وعن الشيخ الحكيم أبى القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم . فقيل له فىّ ذلك فقال : لأن الأغنياء يتوقعون منى التعظيم ، فلو تركت تعظيمهم

(قوله فقال : المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول : سواء كان فى إزار واحد ، أو كان عليه جبة أوقميص ، فبين ماذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ، ولعل الأولى ما ذكره الشيخ .

أنّ النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة . وعن المكاعمة وهى التقبيل » . وما رواه محمول على ما قبل التحريم . قالوا : الخلاف فى المعانقة فى إزار واحد . أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح . قال (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو المتوارث . وقال عليه الصلاة والسلام « من صافح أخاه المسلم وحرّك يده تناثرت ذنوبه » .

المعانقة فى الغالب . وإنما الذى يلزم منه أن يلازم المكامعة والمعانقة فى الغالب . ولا شك أن أحد المتلازمين لايكون عين الآخر كالأبوّة والبنوّة فكيف يصح تفسير إحداهما بالأخرى . ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد هاهنا لأنّ المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وإن كان فى غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة . فلم يصح تفسير المكامعة التى هى المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص . ونظر صاحب الغاية إنما هو فى تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير . وقال بعض المتأخرين : وفسّرها المصنف بالمعانقة مع أن المكامعة هى المضاجعة . فى ديوان الأدب وغيره : كامع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام فى المعانقة . والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف فى إباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه . على أن المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة . فى القاموس : كامعه : ضاجعه فى ثوب واحد . إلى هنا كلام ذلك البعض فى شرحه . وقال فى الحاشية : فيه ردّ على صاحب الغاية . أقول : كل من مقدمات كلامه مجروح . أما قوله بناء على أن الكلام فى المعانقة تعليلا لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان . لأن كون الكلام فى المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها ، وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه . وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع . إذ لم يقل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة فى الحديث . بل أطلقوها . قال الزمخشرى فى الفائق: « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة » : أى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لا ستْرة بينهما انتهى . وقال الجوهرى فى الصحاح : وكامعه مثل ضاجعه . والمكامعة التى نهى عنها فى الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا ستْرة بينهما انتهى . وقال المطرزى فى المغرب : نهى عن المكاعمة والمكامعة : أى عن ملاثمة الرجل الرجل لاستْرة بينهما ومضاجعته إياه فى ثوب واحد لا ستْرة بينهما . هذا هو المراد بهما فى الحديث عن أبى عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما . وهكذا حكاه الأزهرى والجوهرى انتهى . وأما قوله لعدم الخلاف فى إباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع أيضا . إذ لاشك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل فى ثوب واحد لا ستْرة بينهما ليست بأقل من شناعة مجرد المعانقة ولو فى غير داخل الثوب . فكيف يقول بإباحة الأولى من لايقول بإباحة الثانية سيما عند إطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة فى نفس المضاجعة . وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لامطلق المضاجعة . واستشهاده عليه بما فى القاموس فليس بمفيد أصلا . لأنها وإن كانت هى المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له فى التحقق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر فى بعض الصور كما عرفته من قبل . فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية ؛ فمن أين يحصل الردّ عليه بما ذكره ذلك القائل . ولعمرى إن مفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان . والله سبحانه وتعالى المستعان .

تضرروا . والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون منى ذلك . وإنما يطمعون جواب السلام والكلام معهم فى العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام .

(فصل فى البيع)

قال (ولا بأس ببيع السرقين . ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي : لايجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ . ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى فى الأراضى لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع . بخلاف العذرة لأنه لاينتفع بها إلا مخلوطا . ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح . وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط فى الصحيح . والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة . قال (ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلنى صاحبها ببيعها فإنه يسعه أنه يبتاعها ويطؤها) لأنه أخبر بخبر صحيح لامنازع له . وقول الواحد فى المعاملات مقبول على أىّ وصف كان لما مرّ من قبل . وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبها لى أو تصدّق بها علىّ لما قلنا . وهذا إذا كان ثقة .

(فصل فى البيع)

قال الشراح : أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان . وهذا لا . وماكان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى . أقول : كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا : وماكان متصلا كان أحق بالتقديم . إلا أنهم قالوا : وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم إفادة فى ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضا . لأن ماهو المتقدم منها أكثر اتصالا ببدن الإنسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا إذا كان ثقة) قال صاحب العناية : فإن قيل : قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أىّ وصف كان . أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن لايكذب الفاسق لمروءته ولوجاهته انتهى . واقتفى أثره العينى .

(فصل فى البيع)

أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان وهذا لا . وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم . قال (ولا بأس ببيع السرقين) كلامه واضح . وقوله (فى الصحيح) احتراز عن الرواية الأخرى وهى أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز . وقوله (على أىّ وصف كان) يعنى حرّاكان أو عبدا مسلما أوكافرا رجلا أو امرأة . وقوله (لما مر من قبل) يعنى فى فصل الأكل والشرب فى قوله ومن أرسل أجيرا له مجوسيا . وهذا لأن خبر الواحد فى المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه أخبر بخبر صحيح لامنازع له . فإن قيل : قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أىّ وصف كان . أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن لايكذب الفاسق لمروءته أو لوجاهته .

(فصل فى البيع)

(قوله فإن قيل : قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أى وصف) أقول : ممنوع ، لأن غير العدل لايلزم أن يدخل تحت قوله على أى وصف كان على ما بينه نفسه ، ولو سلم فلم يقل المصنف لايقبل قول غير الثقة ؛ ألا يرى إلى قوله وكذا إذا كان غير ثقة ، وقوله لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة ، لكن يرد على المصنف أنه إذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأى لا يبقى فرق بينها وبين الديانات ، فإن خبر الفاسق يقبل فيها أيضا بأكبر الرأى على ما مر . وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل فى الديانات بأكبر الرأى إذا حصل بعد التحرى ، بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحرى فتأمل (قوله أجيب بأن معنى قوله ثقة) أقول : فيه بحث .

وقد سبقهما إلى مأخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا : وتأويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعد قوله على أيّ وصف كان : يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا . لأنه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لايكذب لمروءته انتهى . أقول : لا السؤال شيء ولا الجواب . أما الأول فلأن المصنف لم يقتصر على قوله وهذا إذا كان ثقة . بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة . وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره هاهنا قوله فيما قبل على أيّ وصف كان . نعم قد نبه بقوله وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق . ولا ضير فيه لأن المستفاد من قوله على أيّ وصف كان عموم الأوصاف لا عموم الجزئيات . وكلامه هاهنا تفصيل لما أجمله فيما قبل . ولا بعد في أن يفيد التفصيل مالا يفيده الإجمال . وأما الثاني فلأنه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق ، إذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لايعتمد على كلامه . وفي شأن من لايعتمد على كلامه كيف يتصوّر أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق . ولما تم تعليل ذلك بقوله لأن عدالة الخبر غير لازمة . لأن عدم لزوم عدالة المخبر لايدل على لزوم الاعتماد على كلامه ، إذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الأخص لشيء لايقتضي عدم لزوم الأعم له . فالصواب أن مراد المصنف بقوله إذا كان ثقة إذا كان عدلا . وبقوله وكذا إذا كان غير ثقة . وكذا إذا كان غير عدل . ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أيّ وصف كان أصلا كما تحققته آنفا . ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة هاهنا ماذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال : هذا إذا كان المخبر عدلا ، وإن كان المخبر غير ثقة أو كان لايدرى أنه ثقة أوغير ثقة يريد به أن المخبر إذا كان فاسقا أو مستورا نظر فيه ، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق إلى آخر كلامه . فإنه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وإن كان المخبر غير ثقة بالفاسق . ومن لايدرى أنه ثقة أوغير ثقة بالمستور حيث قال : يريد به أن المخبر إذا كان فاسقا أومستورا . ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لايشتبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل ، وبغير الثقة غير العدل . فإنهم كثيرا ما يذكرون كل واحد من لفظى العدل والثقة موضع الآخر ، وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل . وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام : قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أيّ وصف كان : يعني عدلا كان أو غير عدل ، صبيا كان أو بالغا ، حرّا كان أو عبدا ، مسلما كان أو كافرا ، رجلا كان أو امرأة ، لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لأنه لايميل إلى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروءته ، فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه قوله على أيّ وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ، لأن الثاني أعم من الأول . ولو سلم فلا منافاة أيضا لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها ، لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ، فإن قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة ، إلا أن قبوله يكون مع ضميمة التحرى الموافق . إلى هنا كلامه . أقول : فيه فساد من وجوه : الأول أن قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته . والثاني أن قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح ؛ لأن قول المصنف وهذا إذا كان ثقة إنما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة : أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا لم يكن غير ثقة ، ولما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لايخفى . والثالث أن قوله ولوسلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى ، لأن معناه لوسلم

وكذا إذا كان غير ثقة ، وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على مامرّ .

المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ، ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة . فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين . اللهم إلا أن يكون قوله ولوسلم ناظرا إلى قوله لأن الثانى أعم من الأول لا إلى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ ؛ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثانى من الأول فلا منافاة أيضا . والرابع أن قوله لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلنى صاحبها لا إلى قبول قول الواحد فى المعاملات ظاهر البطلان لأن المصنف وغيره علاوا كونه فى سعة من أن يبتاعها ويطأها بكون قول الواحد فى المعاملات مقبولا على أىّ وصف كان : فلو كان الأوّل مشروطا بكونه ثقة دون الثانى لما صح تعليل الأوّل بالثانى ضرورة عدم استلزام تحقق العامّ تحقق الخاص . والخامس أن قوله فإن قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا إلى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلنى صاحبها لا إلى قبول قول الواحد فى المعاملات ، إذ لاشك أن قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة . ولا ريب أن محل الحكم فى المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما أشير إليه بلفظ هذا فى المعطوف عليه ، فإذا كان صريح معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة ، وكذا يقبل قول الواحد إذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة ، وقبول قول الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة إلى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه . والسادس أن اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما إذا كان غير ثقة أيضا ويكون قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة صريحا فى ذلك يناقض قوله فى صدر كلامه ، وقول الواحد مقبول على أى وصف كان ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه . وبالجملة ماذكره ذلك البعض فى هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لايخفى على ذوى الألباب (قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على مامرّ) قلت : تعليله بقوله لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل ، إذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا وبغير الثقة من لايعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على مامر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة إذا كان أكبر الرأى أنه صادق بقوله لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة ، فإنه لايلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لايخفى . بقى فى هذا المقام كلام وهو أن الذى ظهر مما ذكره هاهنا هو أن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة ، ولكن لابد فى قبول قوله إذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق وقد مرّ فى أوائل كتاب الكراهية أنهم فرّقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل فى المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل فى الديانات قول الفاسق ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأى السامع أنه صادق ، فكان ماذكره هاهنا مخالفا لما مر هناك لأن ما اعتبر هناك فى الديانات دون المعاملات قد اعتبر هاهنا فى المعاملات أيضا ، وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الإشكال فذكر إجمال ما ذكرناه . وأجاب عنه حيث قال : يرد على المصنف أنه إذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأى لايبقى فرق بين المعاملات والديانات ، فإن خبر الفاسق يقبل فى الديانات أيضا بأكبر الرأى على مامر . وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل فى الديانات بأكبر الرأى إذا حصل بعد التحرّى ، بخلاف مانحن فيه حيث لايشترط التحرى فتأمل انتهى . أقول : جوابه ليس بشىء فإن أكبر الرأى لايمكن أن يتحقق بدون التحرّى ، إذ التحرّى طلب ماهو أحرى الأمرين فى غالب الظن كما صرح به فى عامة كتب اللغة . فما لم يطلب ذلك ولم يتوجه إليه كيف يتصوّر حصول أكبر الرأى فلا معنى لعدم اشتراط التحرى فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأى فيه ، وإنما اعتبار أكبر الرأى فيه اعتبار التحرّى بعينه ، وعن هذا وقع التعبير فى بيان هذه المسئلة بعينها فى المحيط البرهانى بلفظ التحرّى بدل أكبر الرأى حيث قال فيه : وإن كان الذى فى يديه الجارية فاسقا لاتثبت إباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرّى فى ذلك ، فإن وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه . وإن وقع تحريه على أنه كاذب

. . . .

وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشىء من ذلك ، لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين ، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله . وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لأن إخباره حجة فى حقه . وإن لم يخبره صاحب اليد بشىء . فإن كان عرفها للأول لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثانى لأن يد الأول دليل ملكه . وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقا ، لأن يد الفاسق دليل الملك فى حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض . ولا معتبر بأكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه . ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون فى سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى . وإن كان الذى أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل . لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره . فإن أخبره أن مولاه

لا يحل له أن يشتريها منه . وإن لم يكن له رأى يبقى ما كان على ما كان كما فى الديانات انتهى . ثم أقول : الإشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا . وعن هذا قال المحقق التفتازانى فى التلويح : ذكر فخر الإسلام فى موضع من كتابه أن إخبار غير العدل يقبل فى المعاملات من غير انضمام التحرى وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير . وقال فى التوجيه : فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره فى الجامع الصغير فيشترط التحرى . ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة . ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان انتهى . وقد ذكرت فيما مر فى أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندى من بينها هو التوجيه الثانى لأنه هو الحاسم لمادة الإشكال الفارق بين المعاملات والديانات ، إذ لا رخصة فى الديانات بدون التحرى . والآن أيضا أقول كذلك . فيحصل به التوفيق بين الكلامين فى المقامين فى هذا الكتاب وغيره (قوله لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين) قال صاحب العناية : يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء . ألا يرى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق . وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله . وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى . ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال : قوله لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين : أى فى كثير من الأحكام حتى يجب به شىء كالتوجه إلى جهة التحرى . ويحرم به شىء كالصلاة إذا توضأ بماء أخبر بنجاسته غير ثقة . وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الرأى دليلا شرعيا أيضا فيما نحن فيه بل فيما هو أعظم منه كالفروج والدماء . وقال فى الحاشية : من قال فى تفسير قوله يقام مقام اليقين : يعنى فيما هو أعظم كالفروج والدماء فقد سها انتهى . أقول : نسبة السهو إليه فى تفسيره المذكور سهو عظيم ، فإنه سلك فى تفسيره المذكور مسلك الدلالة وإثبات

وقوله (لأن أكبر الرأى يقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء . ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق . وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله . وإذا كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بذلك . وقوله (إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة فى يد فقير لا يملك شيئا . أو كتاب فى يد جاهل لم يكن فى آبائه من هو أهل لذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه . وقوله (وإن كان الذى أتاه بها) أى بالجارية لأن هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها : يعنى أن الآتى بالجارية إذا كان عبدا أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعتها منك فليس

(قال المصنف : وإن كان الذى أتاه بها عبدا الخ) أقول : قوله عبدا خبر كان ، وأتاه بها صلة للذى ، والهاء فى أتاه مفعول ، وهو الشخص الذى أقدم على الشراء من العبد الذى أتى بالجارية ، أو من الجارية التى أتت بالجارية ، والباء فى بها باء التعدية .

أذن له وهو ثقة قبل . وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأى ، وإن لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل . قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ، ولا تدرى أنه كتابه أم لا . إلا أن أكبر رأيها أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتدّ ثم تتزوّج) لأن القاطع طارئ ولا منازع وكذا لوقالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوّجها . وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوّجت بزوج آخر ودخل بى ثم طلقنى وانقضت عدتى فلا بأس بأن يتزوّجها الزوج الأول ، وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فأعتقنى لأن القاطع طارئ . ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوّجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان . وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوّجتها وهى مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوّج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان . لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فثبت المنازع بالظاهر . بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ ، والإقدام الأول لايدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا . وعلى هذا الحرف يدور الفرق . ولو كانت جارية صغيرة لاتعبر عن نفسها فى يد رجل يدعى أنها له فلما كبرت لقيها رجل فى بلد آخر فقالت أنا حرّة الأصل لم يسعه أن يتزوّجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ماتقدم . قال (وإذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع فى الوجه الأول قد بطل ، لأن الخمر ليس بمال متقوّم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل أخذه من البائع .

الحكم فيما نحن فيه بالأولوية كما فى قوله تعالى ـ فلا تقل لهما أف ـ فإن فيه النهى عن الضرب بالأولوية . وليت شعرى ماذا يقول ذلك القائل فى شأن الإمام الربانى محمد رحمه الله تعالى : فإنه أيضا قال فى الأصل فى هذا المقام : وأكبر الرأى مجوّز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء ، فإن من تزوّج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته الخ كما نقل عنه فى النهاية والكفاية ومعراج الدراية . ولا يخفى أنه أيضا مثل ماقاله صاحب العناية فى كونه من تلك الدلالة بالأولوية ، بل ذلك مأخذ ماقاله صاحب العناية : وعن هذا قال فى النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد : فعلم بهذا أن فيما هو أهم الأمور وهو الدماء والفروج جاز العمل بأكبر الرأى عند الحاجة ، مع أن الغلط إذا وقع لايمكن تداركه فيما دون ذلك أولى انتهى (قوله لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لايدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد فى إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول ، وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لايبطل بخبر الواحد . وأجيب بأن ذلك إذا كان

للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك ، لأن المنافى للملك وهو الرقّ معلوم فيه ، فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف فى حق من رآه فى يده لايحل له الشراء . وقوله (وإن لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر) بالراء المهملة : أى المانع فلا بد من دليل . وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع إذا كان طارئا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد . فإن كان ثقة لايحتاج إلى غيره ، وإن لم يكن لابد من انضمام أكبر رأى المخبر له ، وإذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه . وقوله (لأن القاطع طارئ فيه) والإقدام الأول لايدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد فى إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول ، وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لايبطل بخبر الواحد . وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى منه والباقى واضح . قال (وإذا باع المسلم خمرا الخ) كلامه واضح . وروى عن محمد رحمه الله أنه قال : هذا إذا كان القضاء

وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوّم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الأخذ منه . قال (ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضرّ الاحتكار بأهله وكذلك التلقي . فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأنه تعلق به حق العامة . وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضرّ بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة . بخلاف ما إذا لم يضرّ بأن كان المصر كبيرا لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره . وكذلك التلقي على هذا التفصيل « لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان » . قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة . فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنه غادر بهم . وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : كل ما أضرّ بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهبا أو فضة أو ثوبا . وعن محمد رحمه الله أنه قال : لا احتكار في الثياب ، فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة . وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف . ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر ، وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر . ثم قيل : هي مقدرة بأربعين يوما لقوله عليه الصلاة والسلام « من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه » وقيل بالشهر . لأن مادونه قليل عاجل . والشهر وما فوقه كثير آجل ، وقد مرّ في غير موضع . ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله ، وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا إما يأثم وإن قلت المدة . والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة . قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ؛ ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع . وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة . لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها . وقال أبو يوسف : يكره لإطلاق ما روينا . وقال محمد : كل

ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال ، وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال . كذا في العناية وكثير من الشروح . وقال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض : والجواب فيه بحث . لأنه سبق في فصل الأكل والشرب أن الحل والحرمة من باب الديانات ، فيقبل قول الواحد فيهما إذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك . كما إذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل . لأن الحرمة لا تنافي الملك . وأما إذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة ، كما إذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة لأن الحرمة المؤبدة لا تتصوّر مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الإشكال انتهى كلامه . أقول : بحثه ساقط جدا . لأن الذي تقرّر في فصل الأكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة إذا لم يتضمن زوال الملك . وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد ، وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه إذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل ، وأما إذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل . فنشأ الاعتراض هاهنا نظرا إلى ظاهر إجمال ماذكر هناك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لا زواله ولو كان باستصحاب الحال ، لأن خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلا ، بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور هاهنا تفصيلا للإجمال الواقع هناك في الظاهر

والاقتضاء بالتراضي ، فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه . وقوله (ويكره الاحتكار) الاحتكار افتعال من حكر : أي حبس ، والمراد به حبس الأقوات متربصا للغلاء . وقوله (فإن لبس فهو مكروه في الوجهين) يعني في الإضرار وعدمه .

مايجلب منه إلى المصر فى الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به ، بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة . قال (ولا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق » ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره . فلا ينبغى للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على مانبين . وإذا رفع إلى القاضى هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع مافضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة فى ذلك وينهاه عن الاحتكار . فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على مايرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس . فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لابأس به بمشورة من أهل الرأى والبصيرة . فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضى ، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة لأنه لايرى الحجر على الحر وكذا عندهما ، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم . ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع . وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه . قيل هو على الاختلاف الذى عرف فى بيع مال المديون . وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام . وهذا كذلك . قال (ويكره بيع السلاح فى أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبيب إلى المعصية وقد بيناه فى السير ، وإن كان لايعرف أنه من أهل الفتنة لابأس بذلك لأنه يحتمل أن لايستعمله فى الفتنة فلا يكره بالشك . قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لأن المعصية لاتقام بعينه بل بعد تغييره ، بخلاف بيع السلاح فى أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه . قال (ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبى حنيفة . وقالا : لاينبغى أن يكريه لشىء من ذلك لأنه إعانة على المعصية . وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ، ولا معصية فيه ، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه . وإنما قيده بالسواد لأنهم لايمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور والخنازير

فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الإشكال كما لايخفى (قوله وإن كان لايعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لأنه يحتمل أن لايستعمله فى الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين : قوله لأنه يحتمل أن لايستعمله فى الفتنة ولو احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، لأن كون احتمال أن لايستعمله فى الفتنة ضعيفا فى حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ممنوع ، كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره فى تعليل هذه المسئلة . ففى حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة إن لم يكن احتمال أن لايستعمله فى الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه . فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا . ولو كان احتمال أن لايستعمله فى الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله فى الفتنة قويا راجحا . فينبغى أن يكون السلاح من مثله فى أيام الفتنة مكروها . وجواب المسئلة على خلافه . وبالجملة لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم . ولامعصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه) أقول : ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة فى الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر

وقوله (ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا) بأن يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين . وقوله (يرى الحجر لدفع ضرر عام) يعنى كالطبيب الجاهل والمكارى المفلس .

فى الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها ، بخلاف السواد . قالوا : هذا كان فى سواد الكوفة ، لأن غالب أهلها أهل الذمة ، فأما فى سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا . وهو الأصح . قال (ومن حمل لذمى خمرا فإنه يطيب له الأجر عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يكره له ذلك) لأنه إعانة على على المعصية ، وقد صح « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرا حاملها والمحمول إليه » له أن المعصية فى شربها وهو فعل فاعل مختار ، وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به ، والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية . قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ، ويكره بيع أرضها) وهذا عند

المعتبرات من غير بيان خلاف فى شىء منها من أحد من أئمتنا . منها أنه إذا استأجر الذمىّ من المسلم بيعة ليصلى فيها فإن ذلك لايجوز . قال فى المحيط والذخيرة . لأنه استأجرها ليصلى فيها ، وصلاة الذمى معصية عندنا وطاعة فى زعمه ، وأىّ ذلك اعتبرنا كانت الإجارة باطلة لأن الإجارة على ماهو طاعة أومعصية لاتجوز انتهى . ومنها أنه إذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلى فيه المكتوبة أو النافلة ، فإن هذه الإجارة لاتجوز فى قول علمائنا ، وعند الشافعى تجوز . قال فى المحيط : وهذا لأنها وقعت على ماهو طاعة ، فإن تسليم الدار ليصلى فيها طاعة ، ومن مذهبنا أن الإجارة على ماهو طاعة لاتجوز وعنده تجوز . وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا للأذان أو الإمامة لايجوز عندنا لأنه طاعة ، وعند الشافعى يجوز فكذلك هذا انتهى . ومنها أنه إذا استأجر ذمىّ من ذمىّ بيتا يصلى فيه لايجوز . قال فى المحيط والذخيرة : لأن صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا ، وأىّ ذلك كان لم تجز الإجارة انتهى . إذ لايخفى أن التعليل المذكور فى الكتاب من قبل أبى حنيفة فى مسئلتنا يقتضى أن لاتبطل الإجارة فى تلك المسائل أيضا ، فإن الإجارة إنما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم ، ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية ، وإنما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه ، فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغى أن تصح الإجارة فيها أيضا عنده مع أن الأمر ليس كذلك كما عرفت . فإن قلت : إن الإجارة وإن وردت على منفعة البيت إلا أن لجعل منفعته حين العقد لأجل الطاعة أو المعصية تأثيرا فى بطلان الإجارة . قلت : فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه أيضا . والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه فى الحكم والدليل مشكل جدا فليتأمل . ثم إنه ذكر فى الذخيرة والمحيط : إذا استأجر الذمى من المسلم دارا ليسكنها فلا بأس بذلك ، لأن الإجارة وقعت على أمر مباح فجازت ، وإن شرب فيها الخمر أوعبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم فى ذلك شىء ، لأن المسلم لم يؤاجرها لها إنما أجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو أجر دارا من فاسق كان مباحا وإن كان قد يعصى فيها ، ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك إن كان فى السواد . قال شيخ الإسلام : وأراد بهذا إذا استأجرها الذمى ليسكنها ، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها . فأما إذا استأجرها فى الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لايجوز إلى هنا لفظ الذخيرة والمحيط . قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط : ولا خفاء فيما بينه وبين ماذكره المصنف من التنافى . أقول : إن التنافى بينهما ممنوع . إذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الإسلام فأما إذا استأجرها فى الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لايجوز على قول أبى يوسف ومحمد فى هذه المسئلة ، لكون مختار نفسه قولهما وإنما يلزم التنافى بينهما . أن لو قال لايجوز عند أبى حنيفة أو قال لايجوز عندهم جميعا وليس فليس . وذكر أحد القولين فى المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز فى كلام الثقات ، وعن هذا نرى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبى حنيفة فى كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف . ثم الشرّاح يبينون الخلاف الواقع فى ذلك . وكيف لايكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه ، وقد صرح محمد رحمه الله فى الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبى حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالسواد . وهل يليق بمثل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير . ثم قال ذلك البعض : ثم كلام المصنف صريح فى أن إجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية إنما صحت

وقوله (وليس الشرب من ضرورات الحمل) لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل ، وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية .

أبي حنيفة . وقالا : لا بأس ببيع أرضها أيضا . وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن مكة حرام لاتباع رباعها ولا تورث » ولأنها حرّة محترمة لأنها فناء الكعبة . وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لاينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها . فكذا في حق البيع . بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني . ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام « من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا » ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لأنه ملكه قرضا جرّ به نفعا وهو أن يأخذ منه ماشاء حالا فحالا . ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن قرض جرّ نفعا . وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزءا فجزءا لأنه وديعة وليس بقرض . حتى لو هلك لاشيء على الآخذ . والله أعلم .

عند أبي حنيفة اتخاذ فعل فاعل مختار . وقد صرح صاحب المحيط بأن صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشربه . لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه . ولا خفاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى . أقول : كون كلام المصنف صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب . فإن في المسئلة المذكورة صورا : إيجار البيت لأن يتخذ فيه بيت نار وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة ، وإيجاره لأن يتخذ فيه بيعة . وإيجاره لأن يباع فيه الخمر . ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذمي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف . واتخاذ تلك الأمور ينافي الإيمان فكانت معصية قطعا ، وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف ، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعا فقطع نسبته عنه ، فكأنه قال : وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر . وأما في غير صورة اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالأمر بيّن ، فحينئذ لايتحقق التنافي بينه وبين ماصرح به صاحب المحيط كما لايخفى ، ثم إنه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذمي فلا ضير فيه . لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا ، فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا ، فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقالا : لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل : وقوله عليه الصلاة والسلام « وهل ترك لنا عقيل من ربع » دليل على أن عقار مكة عرضة للتمليك والتملك انتهى . وأصل هذا على ماذكر في غاية البيان وغيرها ماروى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال « يارسول الله انزل في دارك بمكة ؟ قال عليه الصلاة والسلام : وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور » وكان عقيل ورث أبا طالب وطالب ، ولم يرثه جعفر ولا علي لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل وطالب كافرين ، وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول : لايرث المؤمن الكافر . ففي هذا الحديث مايدل على أن أرض مكة تملك وتورث لأنه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيها من رباع ودور انتهى . ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال : ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لايدل على ميراث الأرض قطعا لاحتمال

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء) واضح . ولكن في لفظ الكتاب اشتباه ، وذلك لأن عند للوديعة ، فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض . ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ماشاء خارجا مخرج الشرط : يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ماشاء . وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو وديعة إن هلك لم يضمن البقال شيئا .

(مسائل متفرقة)

قال (ويكره التعشير والنقط فى المصحف) لقول ابن مسعود رضى الله عنه : جرّدوا القرآن . ويروى : جرّدوا المصاحف . وفى التعشير والنقط ترك التجريد . ولأن التعشير يخلّ بحفظ الآى والنقط بحفظ الإعراب اتكالا عليه فيكره . قالوا : فى زماننا لابد للعجم من دلالة . فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا . قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه . وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل . قال (ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعى : يكره ذلك . وقال

جريان الإرث على الأبنية دون الأراضى ، ألا يرى إلى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الأراضى موقوفة والأبنية عليها مملوكة اه. أقول : بل لايخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الأرض أيضا قطعا . إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور » والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل . كذا فى القاموس وغيره ، ولا شك أن كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعرصة التى هى الأرض . فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام « وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور ما ترك لنا شيئا من البناء والأرض » وإذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاء على كل من ذلك بالإرث من أبى طالب كما ذكره الطحاوى فى شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الأرض أيضا . وإنما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث : وهل ترك لنا عقيل من بيوت . وليس كذلك كما ترى ، بل لامجال أصلا لأن يكون كذلك . إذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة يارسول الله انزل فى دارك بمكة ؛ فإن عدم ترك عقيل بيتا باستيلائه على الأبنية وحدها لايقتضى عدم تركه أرضا أيضا حتى لايمكن النزول فى عرصة داره أيضا . وهذا مع وضوحه كيف خفى على ذلك البعض . والعجب أنه قال فى حاشية كتابه فى هذا المقام : الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل . كذا فى القاموس انتهى . وقال فى أصل كتابه : ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لايدل على ميراث الأرض قطعا لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضى . ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبىّ صلى الله عليه وسلم بقوله « وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور » والله الهادى إلى سواء السبيل . وهو حسبى ونعم الوكيل .

(مسائل متفرقة)

(قوله ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه . وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية : يعنى فى فصل القراءة من الصلاة . وقد سبقه صاحب النهاية إلى التفسير بهذا الوجه . أقول : هذا سهو من الشارحين المذكورين لأن المصنف ماذكره فى فصل القراءة من الصلاة لاصريحا ولا التزاما . بل إنما ذكره فى آخر باب مايفسد الصلاة ومايكره فيها من كتاب الصلاة فى فصل أوله : ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء يظهر ذلك بالنظر إلى محله

(مسائل متفرقة)

التعشير : جعل العواشر فى المصحف . وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات . واختلف فى تفسير قوله : جرّدوا القرآن . فقيل المراد نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف . وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الأحاديث . وقالوا : هذا باطل ، وقيل هو حثّ على أن لايتعلم شىء من كتب الله غير القرآن . لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤتمنين عليها . وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى فصل القراءة من الصلاة .

مالك : يكره فى كل مسجد . للشافعى قوله تعالى ـ إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ـ ولأن الكافر لايخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها . والجنب يجنب المسجد ، وبهذا يحتج مالك ، والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها . ولنا ماروى « أن النبى عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار » ولأن الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى إلى تلويث المسجد . والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم فى الجاهلية . قال (ويكره استخدام الخصيان) لأن الرغبة فى استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة . قال (ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل) لأن فى الأول منفعة للبهيمة والناس . وقد صح « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام ركب البغلة » فلوكان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه . قال (ولابأس بعيادة اليهودى والنصرانى) لأنه نوع بر

(قوله للشافعى قوله تعالى ـ إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ـ) قال تاج الشريعة فى حلّ دلالة الآية على مدعى الشافعى : خصّ الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهى عن الدخول خاص فى حقه ، لأن « إنما » لحصر الحكم فى الشىء أو لحصر الشىء فى الحكم كقولنا إنما الطبيب زيد وإنما زيد طبيب اه . أقول : إن قوله لأن إنما لحصر الحكم فى الشىء أولحصر الشىء فى الحكم ليس بكلام مفيد هاهنا . لأن الخلاف فى أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا ، لا فى أنهم نجس أم لا . وكلمة إنما فى الآية المذكورة إنما هى فى قوله تعالى ـ إنما المشركون نجس ـ لا فى قوله تعالى ـ فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ـ فتأثير الحصر الذى تفيده كلمة إنما هو فى الجملة التى دخلت عليها كلمة إنما لا فى الجملة الأخرى فلا يتم التقريب (قوله ولأن الكافر لايخلو عن جنابة لأنه لايغتسل اغتسالا يخرجه عنها . والجنب يجنب المسجد) أقول : لايذهب عليك أن هذا الدليل او تمّ لدل على أن لايدخل الكافر شيئا من المساجد ، ومذهب الشافعى أنه لايجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد ، فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه ، وإنما كان مناسبا لمذهب مالك كما لايخفى (قوله ولأن الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى إلى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين : ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له . فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون إشارة إلى دفع أن يقال كيف أنزلهم فى مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى . أقول : لبس ذاك بشىء ، إذ لا شك فى صحة أن يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا . فإن الخبث إذا كان فى اعتقادهم لايؤدّى إلى تلويث المسجد فلا يكون فى دخولهم المسجد بأس لامحالة . فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لايخفى ، وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى لاينافى أن يتضمن الجواب عن أن يقال : كيف أنزل النبىّ عليه الصلاة والسلام وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا . كما حكى « أنه عليه الصلاة والسلام لما أنزلهم فى مسجده وضرب لهم خيمة ، قالت الصحابة : قوم أنجاس ، فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الأرض من أنجاسهم شىء ، وإنما أنجاسهم على أنفسهم » ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا ممّا علة النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة إفادة للفائدتين معا ، وما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل . نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل فى مقابلة النص وهو قوله تعالى ـ فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ـ والتعليل فى مقابلة النص غير صحيح على ماعرف فى علم الأصول . فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء إلى آخره (قوله ويكره استخدام الخصيان) قال العينى : والخصيان بضم الخاء مع خصىّ كالثنيان جمع ثنى ، وتبعه بعض المتأخرين . أقول : ماذكراه ليس بصحيح ،

وقوله (ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى) قيد بهما لأن فى عيادة المجوس اختلافا بين المشايخ رحمهم الله ، فمنهم من قال : لا بأس به لأنهم من أهل الذمة ، وهو المروى عن محمد رحمه الله . ومنهم من قال : هم أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى ؛ ألا ترى

(قال المصنف : ولأن الكافر لايخلو عن جنابة) أقول : هذا لايخص المسجد الحرام (قال المصنف : والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء) أقول : أى على منعهم أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الإسلام مستعلين ، وأيضا النهى تكوينى لاتكليفى .

فى حقهم . وما نهينا عن ذلك . وقد صح « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام عاد يهوديا مرض بجواره » . قال (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه : أسألك بمعقد العزّ من عرشك) وللمسئلة عبارتان : هذه . ومقعد العز . ولا ريب فى كراهية الثانية لأنه من القعود . وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به . وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لأنه مأثور عن النبى عليه الصلاة والسلام . روى أنه كان من دعائه « اللهم إنى أسألك بمعقد العزّ من عرشك . ومنتهى الرحمة من كتابك . وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة » ولكنا نقول : هذا خبر واحد فكان الاحتياط فى الامتناع (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لأنه لا حق للمخلوق على الخالق . قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو) لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار . وإن لم يقامر فهو عبث ولهو . وقال عليه الصلاة والسلام « لهو المؤمن باطل إلا الثلاث [1] : تأديبه لفرسه . ومناضلته عن قوسه . وملاعبته مع أهله » وقال بعض الناس : يباح اللعب بالشطرنج

فإن المضبوط فى عامة المعتبرات من كتب اللغة أن جمع خصىّ هو خصيان بكسر الخاء وخصية . قال فى مختار الصحاح : والرجل خصىّ والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى . وأما كون الخصيان بالضم جمع خصى فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وهو محدث . والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين : يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشىء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق . فإن صفة العزّ ثابتة له تعالى أزلا وأبدا . وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزّه ولا نقصانا فيه . كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصا فيه . وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مبادلها . فالأولى فى تقرير الدليل أن يقال كما قال صاحب الكافى لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث . والعزّ صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزّه حادثا داخلا فى حيز الإيهام فتأمل . إلى هنا كلامه . أقول : إن صاحب الكافى وإن جعل لزوم كون عزّه حادثا داخلا فى حيز الإيهام إلا أنه علل إيهام أن عزّه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال : لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث لتعلقه بالمحدث . والعزّ صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى . فكان مدار ما قاله صاحب الكافى أيضا لزوم تعلق عزّه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف فى ورود ما ذكره ذلك القائل . فلا معنى لقوله فالأولى فى تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافى وإن لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافى لتعلقه بالمحدث فكون علة قوله وإن عزّه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وإن لم يصرح به ، إذ لا شىء يصلح لأن يكون علة له سواه . وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة فى الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزّه بالحادث . قال فى المحيط : وأما باللفظ الأول فلأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث إذ تعلق بالحدث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى . وقال فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير : وإن كان من العقد وهو المعروف فى هذا الدعاء فإنه يكره أيضا لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث إذ تعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى . إلى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام فى هذا المقام . ثم أقول فى الجواب عما أورده ذلك البعض : الظاهر أن ما هربوا عنه هاهنا ليس إيهام مطلق تعلق عزّه تعالى بالمحدث ، إذ قد تقرّر فى علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم إلى دائرة الوجود

أنه لا يباح ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى . واختلفوا فى عيادة الفاسق . والأصح أنه لا بأس به لأنه مسلم ، والعيادة من حقوق المسلمين . وكلامه واضح .

(قال المصنف : لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص ، وهو اسم لكل قمار ، وإن لم يقامر فهو عبث ولهو) أقول : ولذلك لم يعزر لو قال يا مقامر ، لأن أبا يوسف قال فى رواية : لا بأس باللعب بالشطرنج ، كذا فى المحيط للسرخسى فى باب التعزير ، وفى صحة التعليل كلام لا يخفى .

---

(1) (قوله لهو المؤمن باطل إلا الثلاث) كذا بالأصل والمحفوظ « إلا فى ثلاث » اهـ مصححه .

لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام ، وهو محكى عن الشافعى رحمه الله . لنا قوله عليه الصلاة والسلام « من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده فى دم الخنزير » ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه الصلاة والسلام « ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر » ثم إن قامر به تسقط عدالته ، وإن لم يقامر لاتسقط لأنه متأول فيه . وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم . ولم ير أبوحنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه . قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته . وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان . وفى القياس : كل ذلك باطل ، لأنه تبرع والعبد ليس من أهله . وجه الاستحسان « أنه عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان رضى الله عنه حين كان عبدا ، وقبل هدية بريرة رضى الله عنها وكانت مكاتبة » وأجاب رهط من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى أبى أسيد وكان عبدا ، ولأن فى هذه الأشياء ضرورة لايجد التاجر بدا منها ، ومن ملك شيئا يملك ماهو من ضروراته ، ولا ضرورة فى الكسوة وإهداء الدراهم فبقى على أصل القياس . قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة : نوع هو من باب الولاية لايملكه إلا من هو ولى كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية ، لأن الولى هو الذى قام مقامه بإنابة الشرع . ونوع آخر ماكان من ضرورة حال الصغار وهو شراء مالابد للصغير منه وبيعه وإجارة الأظآر ، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان فى حجرهم . وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولى أولى به ، إلا أنه لايشترط فى حق الولى أن يكون الصبى فى حجره ، ونوع ثالث ماهو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض . فهذا يملكه الملتقط والأخ

بحسب تعلق إرادة الله تعالى وقدرته بذلك ، والحدوث إنما هو فى التعلقات دون أصل الصفات . ولا نقصان فى ذلك أصلا بل هو كمال محض لايخفى . فكذا الحال فى صفة عزه تعالى ؛ وإنما مرادهم بما هربوا عنه إيهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا ، وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما يوهمه كلمة « من » فى قوله «بمعقد العز من عرشك» إذ الظاهر المتبادر منها فى بادىء الرأى أن تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم : إن جميع معانى من راجعة إلى معنى ابتداء الغاية . ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور فى عزه تعالى ولا فى صفة من صفاته تعالى أصلا ، وكيف لايكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لاينبغى أن يخفى على أساطين الفقهاء ماتقرر فى علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلق إفاضة ، ألا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى ، وإنما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن إيهامه فيما نحن فيه بلا ريب (قوله قال ومن كان فى يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال فى النهاية : اعلم

قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له الخ) ذكر فى النهاية أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم ، لأنه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب ، لأنه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه فى فتح باب الإصابة من كل وجه : من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز ، فثبت أن عدم الأب ليس بلازم ، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله ، وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة . وقوله (وإجارة الصغار) فى أكثر النسخ وهو رواية القدورى رحمه الله ، وفى بعضها : وإجارة الأظآر وكلامه واضح .

والعم والصبيّ بنفسه إذا كان يعقل ، لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبيّ فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الإنفاق . قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ، ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها إذا كان فى حجرها ولا يجوز للعم) لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه ، ولا كذلك الملتقط والعم (ولو أجر الصبيّ نفسه لا يجوز) لأنه مشوب بالضرر (إلا إذا فرغ من العمل) لأن عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه . قال (ويكره أن يجعل الرجل فى عنق عبده الراية) ويروى الداية ، وهو طوق الحديد الذى يمنعه من أن يحرّك رأسه ، وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالإحراق بالنار (ولا يكره أن يقيده) لأنه سنة المسلمين فى السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره فى العبد تحرزا عن إباقه وصيانة لماله . قال (ولا بأس بالحقنة يريد به التداوى) لأن التداوى مباح بالإجماع ، وقد ورد

أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لأنه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فإنه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه فى فتح باب الإصابة من كل وجه : من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز ، فثبت أن عدم الأب ليس بلازم ، كذا ذكره فخر الإسلام انتهى . وقد أطبقت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الأب ليس بلازم فى حكم هذه المسئلة ، وإنما هو قيد اتفاقى ، وعللوا ذلك كلهم بما ذكر فى كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فإنه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الأب ، غير أن صاحبى الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند أنفسهم . أقول : قول الكل ليس بصحيح عندى ، إذ الثابت مما ذكروه فى كتاب الهبة إنما هو أن عدم الأب ليس بلازم فى جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها إذا كانت عنده يعولها . لا أن عدم الأب ليس بلازم فيما نحن

وقوله (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) هذا يناقض قوله وإجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالأول على رواية القدورى كما مر والثانى على رواية الجامع الصغير . ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظآر كما مر . ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه فى النوع الذى فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة . وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعنى وإن كان فى حجره . وقوله (ولو آجر الصبيّ نفسه لا يجوز) قال فى النهاية : أى لا يلزم . وقوله وقد ذكرناه يعنى فى باب إجارة العبد . وقوله (ويكره أن يجعل فى عنق عبده الراية) راية الغلام غلّ يجعل فى عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آبق . قال فى النهاية : وأما الداية بالدال فغلط ، كذا فى المغرب . قالوا : هذا كان فى زمانهم عند قلة الإباق ، أما فى زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق خصوصا فى الهنود . وقوله (يريد به التداوى) احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح . وقوله وقد ورد بإباحته : أى بإباحة التداوى ، الحديث . قال صلى الله عليه وسلم « تداووا عباد الله فإن الله تعالى ما خلق داء إلا وقد خلق له دواء ، إلا السام والهرم » والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب ، ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الأسباب ، قال الله تعالى لمريم ـ وهزى إليك بجذع النخلة ـ مع قدرته على أن يرزقها من غير هزّ ، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله .

(قال المصنف ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) أقول : ذكر المصنف فى باب اللقيط أن هذه الرواية هى الأصح . وقال أكمل الدين : يناقض قوله وإجارة الصغار ظاهرا ، فمنهم من حمله على الروايتين ، ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظآر كما مر ، ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه فى النوع الذى فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى . وقال العلامة الكاكى : أو نقول : المراد بقوله وإجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لابد للصغار منه انتهى . وقد مر أنه يجوز فى كتاب اللقيط (قوله فالأول على رواية القدورى كما مر) أقول : فى كتاب اللقيط (قوله فالأول احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح) أقول : سبق من المصنف فى فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهزال الفاحش على ما روى عن أبى يوسف لأنه أمارة المرض ، فإنه يدل على أن المختار تلك الرواية ، ويجوز أن يقال : المراد هاهنا إرادة مجرد السمن بلا قصد التداوى ، وفيما سبق ليس كذلك

بإباحته الحديث . ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لاينبغى أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام . قال (ولا بأس برزق القاضى) لأنه عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له ، وبعث عليا إلى اليمن وفرض له » ولأنه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته فى مالهم وهو مال بيت المال . وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما فى الوصى والمضارب إذا سافر بمال المضاربة . وهذا فيما يكون كفاية . فإن كان شرطا فهو حرام لأنه استئجار على الطاعة . إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها . ثم القاضى إذا كان فقيرا : فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا به . إذ الاشتغال بالكسب يقعده عن إقامته . وإن كان غنيا فالأفضل الامتناع على ماقيل رفقا ببيت المال . وقيل الأخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين . لأنه إذا انقطع زمانا يتعذر إعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية . وقد جرى الرسم بإعطائه فى أول السنة لأن الخراج يؤخذ فى أول السنة وهو يعطى منه ، وفى زماننا الخراج يؤخذ فى آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح . ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها ، قيل هو على اختلاف معروف فى نفقة المرأة إذا

فيه ، وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقيط الذى فى يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها فى جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر فى نفس الكتاب فى كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التى استشهدوا بها حيث قال : وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة ، بخلاف ماقبل الزفاف ويملك مع حضرة الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الأب ومع حضرة الأب لاضرورة انتهى تأمل ترشد . وقال بعض المتأخرين : وقوله لا أب له : أى لا أب له معروف لا أن لا يكون أبوه حيا ، وهو بيان للواقع فإن اللقيط لايكون إلا كذلك لأنه فى الشرع مولود طرحه أهله فى الطريق خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف . فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم ، لأنه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها او قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز ، فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب . وذلك لأن وضع المسئلة فى اللقيط لا فى الصغار مطلقا . إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا أيضا بصحيح ، فإن مداره الغفول عما تقرر فى كتاب اللقيط من أنه إذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ماذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما إذا كانت صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها . فلا وجه لنفى وجه ما قاله صاحب

وقوله (إلا أنه لا ينبغى أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل إذا لم يعلم أن فيه شفاء فإن علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به . ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه : إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم . يحتمل أن عبدالله قال ذلك فى داء عرف له دواء غير المحرم ، لأنه يستغنى بالحلال عن الحرام . ويجوز أن يقال : تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال . قال (ولا بأس برزق القاضى الخ) إذا قلد السلطان رجلا القضاء لابأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لا أن يشترط ذلك فى ابتداء التقليد « لأن النبى عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه إلى مكة وفرض له أربعين أوقية فى السنة » والأوقية بالتشديد أربعون درهما . وتكلموا فى أنه صلى الله عليه وسلم من أى مال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال ، فإن الدواوين وضعت فى زمن عمر رضى الله عنه ، فقيل إنما رزقه من الفىء ، وقيل من المال الذى أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التى أخذها من مجوس هجر . وقوله (على اختلاف معروف فى نفقة المرأة) يعنى على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة مابقى من السنة ، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لايجب . قاسوا على نفقة الزوجة إذا

ماتت فى السنة بعد استعجال نفقة السنة . والأصح أنه يجب الرد ". قال (ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد بغير محرم) لأن الأجانب فى حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمس" بمنزلة المحارم على ماذكرنا من قبل ، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وإن امتنع بيعها .

(كتاب إحياء الموات)

النهاية بناء على أن وضع المسئلة فى اللقيط لا فى الصغار مطلقا ، ولا معنى لحمل قوله لا أب له فى مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لا أب له معروف لا أن لايكون له أب فى الحياة ، لأنه إن كان المراد لا أب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه إلى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام فى هذا المقام لايليق بشأن الإمام الربانى محمد ذلك اضماء . وإن كان المراد لا أب له معروف أصلا : أى لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بيانا للواقع . إذ لايلزم أن لايكون اللقيط إلا كذلك فإنه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادّعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فإنه مقبول فى الشرع كما مر . ولا فرق بينه وبين سائر الأولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم إلى دعوة الأب كما فى المولود من أمته . فالحق عندى أن قوله لا أب له قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له أب حاضر فإنه لايجوز ممن كان فى يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب مامر فى كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتفويض الأب أمورها إليه دلالة . بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح . لأن تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الأب . ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى . إذ لا شك أن الملتقط داخل فى كلية قوله وكل من يعولها غيرها . فلزم أن لايملك قبض الهبة للصغيرة التى كانت فى يده وعوله كما لايخفى فتبصر . والله الموفق للصواب .

(كتاب إحياء الموات)

قال جمهور الشراح : مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن فى مسائل هذا الكتاب مايكره وما لايكره انتهى . وقال الشارح العينى بعد نقل قولهم المذكور : وهذا ليس بشىء . لأنه قل "كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لايكره انتهى . أقول : بل ماذكره نفسه فى الرد" عليهم ليس بشىء . لأن ماذكروا فى ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا هاهنا من المناسبة بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية . ولا ريب أن الحيثية المذكورة هاهنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضى ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره . إذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة

استعجلت نفقة السنة فمات الزوج فى نصف السنة ردّت نفقة ما بقى عند محمد خلافا لأبى يوسف . وقوله (ولا بأس أن تسافر الأمة إلى آخره) قيل هذا كان فى الابتداء . أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق . وقوله (على ما ذكرنا من قبل) إشارة إلى ماذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما فى المحارم .

(كتاب إحياء الموات)

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن فى مسائل هذا الكتاب مايكره وما لايكره، ومن محاسنه

(كتاب إحياء الموات)

قال (الموات مالاينتفع به من الأراضى لانقطاع الماء عنه أولغلبة الماء عليه أوما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمى بذلك لبطلان الانتفاع به . قال (فما كان منها عاديا لامالك له أوكان مملوكا فى الإسلام لايعرف له مالك بعينه وهوبعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لايسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضى الله عنه : هكذا ذكره القدورى ، ومعنى العادى ماقدم خرابه . والمروى عن محمد رحمه الله أنه يشترط أن لايكون مملوكا لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا ، فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى لاتكون مواتا ، وإذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ، ولو ظهر له مالك يردّ عليه ويضمن الزارع نقصانها ، والبعد عن القرية على ماقال شرطه أبو يوسف ، لأن الظاهر أن مايكون قريبا من القرية لاينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه . ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريبا من القرية ، كذا ذكره الإمام المعروف بخواهر زاده رحمه الله ، وشمس الأئمة السرخسى

أو اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر منك فإنه ينفعك فى مواضع شتى (قوله الموات مالا ينتفع به من الأراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء : هذا تعريف بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف ، لكن لاينتفع به لأحد الأمور المذكورة ، ولك أن تقول : هذا تفسير المعنى اللغوى انتهى . أقول : توجيهه الذى ذكره بقوله ولك أن تقول إلى آخره ليس بتام . فإنّ قيد أن لايكون له مالك معتبر فى معناه اللغوى أيضا . قال فى الصحاح : والموات بالفتح مالا روح فيه . والموات أيضا الأرض التى لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد انتهى . وقال فى القاموس : والموات كغراب الموت وكسحاب مالا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى . فعلى تقدير أن يحمل ما فى الكتاب على تفسير المعنى اللغوى يكون تفسيرا بالأعم أيضا . لايقال : أصل المعنى اللغوى للموات مالا روح فيه . والذى ذكره فى الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفى أو الشرعى فلم يكن قيد أن لايكون له مالك معتبرا فى معناه اللغوى . لأنا نقول : الظاهر المتبادر من أن يذكر معنى اللفظ فى كتب اللغة بلا إضافة إلى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوى ، سيما من قيد أيضا فى قوله فى الصحاح : والموات أيضا الأرض التى لا مالك لها . وإن لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوى هو الذى ذكر أولا ، فلا شك أن مالا روح

التسبيب للخصب فى أقوات الأنام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام . وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة . وحكمه تملك المحيي ما أحياه . قال (الموات ما لاينتفع به من الأراضى) شبه ما لاينتفع به من الأراضى لانقطاع الماء عنه أولغلبة الماء عليه أوما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أوصار سبخة بالميت من الحيوان الذى بطلت منافعه فسمى مواتا . وإحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به . قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به مايقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوبا إلى عاد ، لأن عادا لم يملك جميع أراضى الموات . ولكن مراده ماقدم خرابه كما ذكر فى الكتاب . وقوله (أو كان مملوكا فى الإسلام لايعرف له مالك بعينه) قول بعض المشايخ رحمهم الله . وقال بعضهم : الأراضى المملوكة إذا انقرض أهلها فهى كاللقطة . وقوله (وإذا لم يعرف مالكه) من تتمة قول محمد رحمه الله . وقوله (فيدار الحكم عليه) أى على القرب

(قال المصنف : الموات مالاينتفع به من الأراضى) أقول : تعريف بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لاينتفع به لأحد الأمور المذكورة ، ولك أن تقول : هذا تفسير المعنى اللغوى (قال المصنف : ومعنى العادى ماقدم خرابه) أقول : لاأن يكون منسوبا إلى عاد ، وينسب كل أثر قديم إليهم لتقدمهم . قال عليه الصلاة والسلام « عادى الأرض لله ورسوله ، ثم هو بعد منى لكم » رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد ، كذا فى شرح الكاكى ، وفى كلامه تناقض ظاهر . والظاهر أن مراده من قوله لاأن يكون منسوبا إلى عاد انتساب الملكية (قوله فيدار الحكم عليه : أى على القرب) أقول : أى القرب مرجع لضمير عليه حكمى : أى مذكور حكما لانفهامه من قوله قريبا ، كقوله تعالى ـ اعدلوا هو أقرب للتقوى ـ .

رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياه بإذن الإمام ملكه ، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : يملكه) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ولأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه كما فى الحطب والصيد . ولأبى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ماطابت نفس إمامه به » وما رويناه يحتمل أنه إذن لقوم لانصب لشرع ، ولأنه مغنوم لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام كما فى سائر

فيه أعم من الأرض التى لاينتفع بها بل من مطلق الأرض . فعلى تقدير أن يحمل ما فى الكتاب على تعريف المعنى اللغوى يكون تعريفا بالأخص ، وهو ليس بأقل قبحا من التعريف بالأعم ، وبهذا الذى ذكرنا يظهر أنه يشكل أيضا ماذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية فى شرح هذا المقام حيث قالا : قوله الموات مالا ينتفع به من الأرض تحديد لغوى ، وزيد عليه فى الشرع أشياء أخر بيانها فى قوله فما كان عاديا لامالك له أو كان مملوكا فى الإسلام لايعرف لهمالك بعينه وهو بعيد من القرية . بحيث إذا وقف إنسان فى أقصى العامر فصاح لايسمع صوته فهو موات انتهى . تأمل تقف (قوله ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ماطابت نفس إمامه به ») أقول : لقائل أن يقول : إن اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لايملك أحد شيئا من الأملاك بغير إذن الإمام مع ظهور خلافه ، إذ لا شك أن كل أحد يستبد فى التملك بالبيع والإجارة والهبة والإرث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير توقف على إذن الإمام وإن لم يعتبر عمومه لايتم المطلوب هاهنا . فإن قلت : عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأى الإمام . وما ذكرنا من أسباب الملك لايحتاج فيه إلى رأى الإمام . بخلاف مانحن فيه . قلت : كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه إلى رأى الإمام أول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب (قوله وما رويناه يحتمل أنه إذن لقوم لانصب لشرع) تقريره : أن المشروعات على نوعين : أحدهما نصب الشرع ، والآخر إذن بالشرع . فالأول كقوله عليه الصلاة والسلام « من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف » والآخر كقوله عليه الصلاة والسلام : « من قتل قتيلا فله سلبه » أى للإمام ولاية أن يأذن للغازى بهذا القول فكان ذلك من النبى صلى الله عليه وسلم إذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لانصب شرع ، فكذلك فى يومنا هذا من قتل قتيلا لايكون سلبه له إلا أن يأذن الإمام به . فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهى له من ذلك القبيل » وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل . وما ذكره أبوحنيفة رحمه الله مفسر لايقبل التأويل فكان راجحا ، كذا فى العناية وغيرها قال تاج الشريعة : فإن قلت : مارواه عام خص منه الحطب والحشيش . وما رويناه لم يخص فيكون العمل به أولى . قلت : ماذكر لبيان أنه لايجوز الافتيات على رأى الإمام والحطب والحشيش لايحتاج فيهما إلى رأى الإمام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا . والأرض مما يحتاج فيها إلى رأى الإمام لأنها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وإيضاع الركاب كسائر الأموال فكان ماقلنا أولى انتهى . واقتفى أثره صاحب الكفاية والعينى . أقول : كل من السؤال والجواب ليس بسديد . أما الأول فلأن كون ما رواه عاما خص منه الحطب والحشيش إنما يقتضى كون العمل بما رويناه أولى لكونه مما لم يخص أن لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به ، إذ يصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف فى علم الأصول . وأما إذا خص الحطب

مرجع حكمى يفهم من قوله قريبا . وقوله (ثم من أحياه) واضح . وقوله (وما رويناه يحتمل أنه إذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن المشروعات على نوعين : أحدهما نصب الشرع ، والآخر إذن بالشرع . فالأول كقوله صلى الله عليه وسلم « من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف » والآخر كقوله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله سلبه » أى للإمام أن يأذن للغازى بهذا القول ، فكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام إذنا لقوم معينين ، فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا مواتا فهى له » من ذلك القبيل . وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل ، وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لايقبله فكان راجحا ، وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهى له » يدل على السبب فإن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك الحكم ، وليس فيه مايمنع كونه مشروطا بإذن الإمام . وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ماطابت به نفس إمامه »

الغنائم . ويجب فيه العشر . لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج . لأنه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء . فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثانى أحق بها ، لأن الأوّل ملك استغلالها لا رقبتها ، فإذا تركها كان الثانى أحق بها . والأصح أن الأوّل ينزعها من الثانى لأنه ملكها بالإحياء على مانطق به الحديث ، إذ الإضافة فيه بلام التمليك وملكه لايزول بالترك . ومن أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب ، فعن محمد أن طريق الأول فى الأرض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع إبطال حقه . قال (ويملك الذمى بالإحياء كما يملكه المسلم) لأن الإحياء سبب الملك ، إلا أن عند أبى حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما فى سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا

والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بما رواه ، إذ يصير العام حينئذ منسوخا فى القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيا فى الباقى كسائر القطعيات كما تقرر فى علم الأصول أيضا ، ولا شك أن تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به ، بل إنما هو دليل آخر مفصول عنه . وأما الثانى فلأن كون الأرض مطلقا مما يحتاج فيه إلى رأى الإمام أول المسئلة لم يقل به الإمامان فى الأرض الموات ، فبناء الجواب عليه يؤدى إلى المصادرة . فإن قيل : إنما يؤدى إلى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لأنها صارت من الغنائم الخ . قلنا : كونها من الغنائم دليل آخر عقلى لأبى حنيفة مذكور فى الكتاب بعده ، والكلام الآن فى تمشية الدليل النقلى ، فبالمصير إلى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى مافيه (قوله يجب فيه العشر لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز) أقول : فى هذا التعليل شىء ، وهو أنه سيجىء فى الكتاب أن المسلم والذمى مستويان فى حكم إحياء الأرض الموات ، والتعليل المذكور إنما يتمشى فى حق المسلم دون الذمى فتأمل (قوله والأصح أن الأول ينزعها من الثانى لأنه ملكها بالإحياء على مانطق به الحديث . إذ الإضافة فيه بلام التمليك وملكه لايزول بالترك) قال فى العناية : ولقائل أن يقول : الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح . وأما على مذهب أبى حنيفة ففيه نظر . لأنه حمله على كونه إذنا لاشرعا فكيف يصح الاستدلال به . والجواب أنه وإن كان إذنا لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعا ، ألايرى أن من قال له الإمام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى . واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال : فيه بحث ، فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك فى لفظ الإمام هنا ، بخلاف الإذن فى الإحياء فإنه لايلزم أن يكون بلفظ التمليك انتهى . أقول : الفرق الذى ذكره ليس بتام ، لأن لام التمليك مذكورة فى كل من الحديثين الواردين فى المقامين ، فإذا كان كل منهما محمولا على الإذن فجعل وجود لفظ التمليك

يدل على ذلك . وقوله (والأصح أن الأول ينزعها من الثانى) بيانه أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا فى أن إحياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة ، فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخى رحمه الله إلى الأول قياسا على من جلس فى موضع مباح فإن له الانتفاع به . فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه . وعامتهم إلى الثانى استدلالا بالحديث . فإنه أضاف بلام التمليك فى قوله فهى له وملكه لايزول بالترك . ولقائل أن يقول : الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح ، وأما على مذهب أبى حنيفة رحمه الله ففيه نظر ، لأنه حمله على كونه إذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به . والجواب أنه وإن كان إذنا له لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعا ؛ ألا ترى أن من قال له الإمام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله . وقوله (لتعينها لتطرقه) لأنه حين سكت عن الأول والثانى والثالث صار الباقى طريقا له ، فإذا أحياه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق . قال (ويملك الذمى بالإحياء) المسلم والذمى فى تملك ما أحياه سواء لاستوائهما فى السبب ، والاستواء فى السبب يوجب الاستواء فى الحكم كما فى سائر

(قوله وأما على مذهب أبى حنيفة ففيه نظر ، لأنه حمله على كونه إذنا) أقول : لم يحمل عليه ، بل قال : يحتمل أن يكون إذنا ، لكن الاحتمال كاف فى إيراد السؤال (قوله لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعا ؛ ألا يرى أن من قال له الإمام : من قتل قتيلا فله سلبه ، ملك سلب من قتله) أقول : فيه بحث ، فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك فى لفظ الإمام هنا ، بخلاف الإذن فى الإحياء فإنه لايلزم أن يكون بلفظ التمليك .

قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج . فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلا للمقصود ، ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به . لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام . سمى به لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه فبقى غير مملوك كما كان هو الصحيح . وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه : ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق . ولأنه إذا أعلمه لابد من زمان يرجع فيه إلى وطنه وزمان يهيئ أموره فيه ثم زمان يرجع فيه إلى مايحجره فقدرناه بثلاث سنين ، لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لايفى بذلك . وإذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها . قالوا : هذا كله ديانة ، فأما إذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الإحياء منه دون الأول وصار كالاستيام فإنه يكره ، ولو فعل يجوز العقد . ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقى الأرض وأحرق مافيها من الشوك أو خضد مافيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها

شرطا فى إذن الإمام فى أحد المقامين دون الآخر تحكم بحت لم يسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) والأصل فى ذلك أن المشايخ اختلفوا فى كون التحجير مفيدا للملك . فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا إلى ثلاث سنين ، ومنهم من قال لايفيد . وهو مختار المصنف أشار إليه بقوله هو الصحيح . قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضى ثلاث سنين وأحياه . فإنه ملكه على الثانى ولم يملكه على الأول . وجه الأول ماروى عن عمر رضى الله عنه : ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين . نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والحق الكامل هو الملك ، ووجه الصحيح ماذكر فى الكتاب . والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة ، كذا فى العناية . وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال : وأنت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق . وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع انتهى . أقول : جوابه ليس بسديد . إذ لو لم يكن ثبوت الحق فى ثلاث سنين بالحديث بل بالإجماع لما قال المصنف وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه : ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ، فإن حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلاث سنين . إذ هو المقتضى اشتراط ترك ثلاث سنين ، ومدار ما أورده على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج . فإذا لم تحصل يدفعه إلى غيره تحصيلا للمقصود) أقول : لقائل أن يقول : لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها الإمام ويدفعها إلى الغير بعد الإحياء أيضا إذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصا لها عن التعطيل . فإن قلت : يملكها الإنسان بالإحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالتصرف فيها من الغير . والإمام لايقدر أن يدفع مملوك أحد إلى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليد لذلك . قلت : فحينئذ يلزم المصير إلى التعليل الثانى الذى ذكره بقوله ولأن التحجير ليس

أسباب الملك حتى الاستيلاء ، فإن الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين (قوله ومن حجر أرضا) يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ، ومعنى الأول أعلم بوضع الأحجار حوله لأنهم كانوا يفعلون ذلك . ومعنى الثانى أعلم بحجر الغير عن إحيائها فكان التحجير هو الإعلام . فإذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره . والأصل فى ذلك أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا فى كونه مفيدا للملك ، فمنهم من قال : يفيد ملكا موقتا إلى ثلاث سنين . وقيل لايفيد وهو مختار المصنف رحمه الله ، أشار إليه بقوله (هو الصحيح) قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضى ثلاث سنين وأحياه ، فإنه ملكه على الثانى ولم يملكه على الأول . وجه الأول ماروى عن عمر رضى الله عنه : ليس لمتحجر حق بعد

وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول ، أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين . وفى الأخير ورد الخبر . ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه إحياء . ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا . ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا . وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين . ولو حوّطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء . وكذا إذا بذرها . قال (ولا يجوز إحياء ماقرب من العامر ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على مابيناه . فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر . وعلى هذا قالوا : لايجوز للإمام أن يقطع مالاغنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى الناس منها لما ذكرنا . قال (ومن حفر بئرا فى برية فله حريمها) ومعناه إذا حفر فى أرض موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه وبغير إذنه عندهما لأن حفر البئر إحياء . قال (فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته » ثم قيل : الأربعون من كل الجوانب . والصحيح أنه من كل جانب . لأن فى الأراضى رخوة ويتحوّل الماء

بإحياء تمليكه به فلا يكون التعليل الأول مفيدا للمدعى بدون الثانى مع أن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما ترى (قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على مابيناه) قال عامة الشراح فى حل هذا التعليل : لتحقق حاجتهم إليها حقيقة : أى عند محمد رحمه الله . أو دلالة : أى عند أبى يوسف رحمه الله . وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك : أراد بقوله على مابيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ . واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العينى . أقول : لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح فى حملهم مراد المصنف بقوله على مابيناه على ماذكروا . إذ الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ماذكره فيما مرّ بقوله والبعد عن القرية على ماقال شرطه أبو يوسف ، لأن الظاهر أن مايكون قريبا من القرية لاينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريبا من القرية انتهى . إذ يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظرا إلى مجموع قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة فيحسن . وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظرا إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة فقط ، ولا يخفى مافيه من الركاكة . أما أولا فلأنه كان ينبغى إذ ذاك أن يقدم قوله على مابيناه على قوله أو دلالة كما لايشتبه على ذى فطرة سليمة . وأما ثانيا فلأنه يلزم حينئذ أن يقصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة إليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة إليها أيضا . وذلك مما لاضرورة فيه بل لا وجه له (قوله لأن فى الأراضى رخوة ويتحوّل الماء

ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والحق الكامل هو الملك . ووجه الصحيح ماذكره فى الكتاب ، والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة . وقوله (من غير أن يتم المسناة) هو ما يبنى للسيل ليردّ الماء . وقوله (وفى الأخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر » . وقوله (لتحقق حاجتهم إليها حقيقة) يعنى عند محمد رحمه الله (أو دلالة) عند أبى يوسف رحمه الله . وقوله (على مابينا) إشارة إلى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ . وقوله (لايجوز أن يقطع الإمام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا : أى أعطاه إياها وخصصه بها . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها . العطن : مناخ الإبل ومبركها . قوله (قيل الأربعون من كل الجوانب) يعنى يكون فى كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته » فإنه بظاهره يجمع الجوانب الأربع . والصحيح أنه من كل جانب ، لأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى كى لايحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحوّل إليها

(قوله والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم ، وهو ليس بحجة) أقول : وأنت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق . وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع .

إلى ماحفر دونها (وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا . وهذا عندهما . وعند أبى حنيفة أربعون ذراعا) لهما قوله عليه الصلاة والسلام « حريم العين خمسمائة ذراع . وحريم بئر العطن أربعون ذراعا . وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء . وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت . وله مارويناه من غير فصل . والعام المتفق على قبوله والعمل به

إلى ما حفر دونها) أقول : كان الظاهر أن يقال : فيتحول الماء بالفاء ، لأن سبب تحول الماء إلى ماحفر دونها إنما هو رخوة الأراضى لاغير ، إذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء إلى ماحفر دونها قطعا فلا بد من أداة التفريع . ثم أقول : لقائل أن يقول : إن هذا التعليل تعليل فى مقابلة النص ، لأن قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا » ظاهر فى كون الأربعين من كل الجوانب الأربعة ، على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح ، وقد تقرر فى علم الأصول أن التعليل فى مقابلة النص غير صحيح ، فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح أنه من كل جانب . ويمكن الجواب بأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر ، والضرر لايندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب ، فلو لم يكن الأربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص ، فكان مآل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج ، وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدى إلى الحرج ، ويرشدك إليه تقرير صاحب الكافى هاهنا حيث قال : والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب ، لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول لكى لايحفر أحد فى حريمه بئرا أخرى فيتحول إليها ماء بئره ، وهذا الضرر لايندفع بعشرة أذرع من كل جانب ، فإن الأراضى تختلف صلابة ورخاوة ، فربما يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول ماء البئر الأولى إليه فيتعطل عليه منفعة بئره ، وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر (قوله وله مارويناه من غير فصل ، والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به) يريد بقوله ما رويناه قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا » وبقوله من غير فصل : أى من غير فصل بين العطن والناضح ، ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا » وبقوله أولى عنده ، أى عند أبى حنيفة رحمه الله ، ويريد بالخاص المختلف فى قبوله والعمل به حديث الزهرى وهو قوله « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » كذا فى العناية وغيرها . أقول : هذا الدليل المذكور من قبل أبى حنيفة منقوض بما إذا كانت البئر عينا ، فإن حريمها خمسمائة ذراع بالإجماع كما سيأتى مع أن ما رواه من قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا » لايفصل ذلك أيضا ، وإن كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله ، والعمل به يقتضى أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده فليتأمل فى الفرق .

ماء بئره ، وهذا الضرر لايندفع بعشرة أذرع «من» كل جانب بيقين ، فإن الأراضى تختلف فى الصلابة والرخاوة ، وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر . والناضح : البعير . وقوله (وله ما رويناه) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا من غير فصل » يعنى بين العطن والناضح . واعترض بأنه مقيد بقوله عطنا لماشيته ، فيكون قد فصل بين العطن والناضح . وأجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد ، فإن الغالب فى انتفاع الآبار فى الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كما فى قوله تعالى - وذروا البيع - قيد بالبيع لما أن الغالب فى ذلك اليوم البيع ، وكذلك قوله تعالى - إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما - والوعيد ليس بمخصوص بالأكل ، ولكن الغالب من أمره الأكل فأخرجه على ما عليه الغالب ، والدليل على ذلك ما روى أبو يوسف رحمه الله قال : حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبى أنه قال : حريم البئر أربعون ذراعا من هاهنا وهاهنا وهاهنا وهاهنا لايدخل عليه أحد فى حريمه وفى مائه . وقوله (والعام المتفق على قبوله والعمل به)

أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به ، ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ، ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ، ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ، ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة : قال (وإن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ، ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة . لأن العين تستخرج للزراعة فلابد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء . ومن موضع يجرى فيه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة ، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف . والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا فى العطن ، والذراع هى المكسرة وقد بيناه من قبل .

(قوله ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه) يعنى أن الحديثين اتفقا فى الأربعين فتركنا القياس فى هذا القدر ، وفيما وراء الأربعين تعارضا . لأن العام ينفيه والخاص يثبته فتساقطا فعملنا بالقياس ، كذا فى شرح تاج الشريعة وغيره . أقول : فيه بحث . لأن المتعارضين من الدليلين إنما يتساقطان إذا لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر ، وأما إذا كان لأحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر . والأمر فيما نحن فيه كذلك لأن العام إنما ينفى ما وراء الأربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا ، وإن سلم أنه ينفى ذلك بمنطوقه فإنما ينفيه بطريق الإشارة والخاص يثبته بطريق العبارة ، وقد تقرر فى علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارته عند التعارض فلازم أن لايسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن يترك القياس فى مقابلة النص . قال تاج الشريعة : فإن قلت : كيف يتعارضان وقد ذكر القبول فى أحدهما والاختلاف فى الآخر ؟ قلت : يعنى به صورة المعارضة ، كما يقال إذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى . واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العينى . أقول : الجواب ليس بصحيح ، إذ لو كان المراد بتعارضهما هاهنا صورة التعارض التى لاتنافى رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارضا فيه حفظناه ، ولما صح قولهم فى شرح ذلك وفيما وراء الأربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس ، إذ التساقط والعمل بالقياس إنما يتصوّر فى حقيقة التعارض بأن يتساويا فى القوة ولم يوجد المخلص . وأما فى صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس ، وقد عرف ذلك كله فى أصول الفقه . ثم أقول : الظاهر فى الجواب أن يقال : مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر فى الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف فى قبوله : يعنى لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الأربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولأنه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما)

يريد قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا » لأن كلمة «من» تفيد العموم (أولى عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله (من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهرى : «حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم البئر العطن أربعون ذراعا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » . ورد عموم الأول بأن معناه : من حفر بئرا للعطن فله مما حولها أربعون ذراعا ، وهو خاص بالعطن كما ترى . وأجيب بأن عطنا ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصا ، وإنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس ، فإنه يأبى استحقاق الحريم ، لأن عمل الحافر فى موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ، ففى موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به ، فإن قيل : فاتركه فى الناضح أيضا لحديث الزهرى لئلا يلزم التحكم . قلنا : حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير إلى مابعده وهو القياس فحفظناه . وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « حريم العين خمسمائة ذراع » وقوله (والذراع هى المكسرة) يعنى أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة ، وإنما وصفت بذلك لأنها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الأكاسرة بقبضة . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ماذكره فى كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فإنها هى المكسرة .

(قوله إشارة إلى ما ذكره فى كتاب الطهارة) أقول : فى باب الماء الذى يجوز به الوضوء ، وفيه رد على العلامة الكاكى حيث قال فى شرح

وقيل إن التقدير فى العين والبئر بما ذكرناه فى أراضيهم لصلابة بها وفى أراضينا رخاوة فيزاد كى لايتحول الماء إلى الثانى فيتعطل الأول . قال (فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع منه) كى لا يؤدى إلى تفويت حقه والإخلال به ، وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه ؛ فإن احتفر آخر بئرا فى حريم الأول للأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا . ولو أراد أخذ الثانى فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فإنه يؤخذ برفعها ، وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره . وهذا هو الصحيح ذكره فى أدب القاضى للخصاف . وذكر طريق معرفة النقصان ، وما عطب فى الأول فلا ضمان فيه ، لأنه غير متعد ، إن كان بإذن الإمام فظاهر ، وكذا إن كان بغير إذنه عندهما . والعذر لأبى حنيفة أنه يجعل فى الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه . وما عطب فى الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره . وإن حفر الثانى بئرا وراء حريم الأول فذهب ماء البئر الأول فلا شيء عليه . لأنه غير متعد فى حفرها ، وللثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والقناة لها حريم بقدر مايصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم ، وقيل هو عندهما . وعنده لاحريم لها مالم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر فى التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر . قالوا : وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس فى أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا فى حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب ، به ورد الحديث . قال (وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه) لحاجة العامة إلى كونه نهرا (وإن كان لايجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريما لعامر) لأنه ليس فى ملك أحد ، لأن قهر

أقول : هذا التعليل ضعيف جدا لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن مايستقى منه باليد ، ومن بئر الناضح مايستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال : قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ؛ ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال : فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل إن التقدير فى البئر والعين بما ذكرناه فى أراضيهم لصلابة بها وفى أراضينا رخاوة فيزاد كى لايتحول الماء إلى الثانى فيتعطل الأول) أقول : فيه إشكال ، إذ المقادير مما لامدخل فيه للرأى أصلا ، وإنما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه . والذى ثبت بالنص فيما نحن فيه ماذكر فيما قبل لاغير ، فتصير الزيادة عليه عملا بالرأى فيما هو من المقادير وهو لايجوز فليتأمل فى الدفع (قوله وما عطب فى الثانية ففيه الضمان ، لأنه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره) أقول : فى التعليل قصور لأنه لايتمشى فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبى حنيفة ، فإنه يجعل الحفر هناك تحجيرا كما مر آنفا ، وبمجرد التحجير لاتصير البئر الأولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثانى حفر فى ملك غيره ، فالأولى فى التعليل أن يقال : لأنه متعد فيه حيث حفر فى حق غيره ، إذ لاشك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالإحياء ، ولهذا لايقدر

قال (فمن أراد أن يحفر فى حريمها يمنع منه) كلامه واضح . وقوله (أن يطمه) أى يصلحه ويكبسه من باب : أعجبنى زيد وكرمه فى كون العطف للتفسير فإن إصلاحه كبسه . قوله (وذكر طريقة معرفة النقصان) وهو أن يقوم الأول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما . والقناة : مجرى الماء تحت الأرض تسمى بالفارسية كاريز . وقوله (به ورد الحديث) يريد به ماروى «أن رجلا

قوله وقد بينا أن الوجه فى أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب ، ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل (قال المصنف : والقناة له حريم بقدر ما يصلحه) أقول : وفى غاية البيان تفصيل حسن فى هذا المقام فراجعه .

الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم فى يد الإمام . قال (ومن كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند أبى حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك . وقالا : له مسناة النهر يمشى عليها ويلقى عليها طينه) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهرا فى أرض موات بإذن الإمام لايستحق الحريم عنده. وعندهما يستحقه لأن النهر لاينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشى لتسييل الماء ، ولا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر وإلى إلقاء الطين . ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر . وله أن القياس يأباه على ماذكرناه . وفى البئر عرفناه بالأثر ، والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه فى النهر ، لأن الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ، ولا يمكن فى البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق . ووجه البناء أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر ، والقول لصاحب اليد ، وبعدم استحقاقه تنعدم اليد . والظاهر يشهد لصاحب الأرض على مانذكره إن شاء الله تعالى . وإن كانت مسئلة مبتدأة فلهما أن الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لايملك صاحب الأرض نقضه . وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى . أما صورة فلاستوائهما ، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة . والظاهر شاهد لمن فى يده ما هو أشبه به .

الإمام أن يأخذها من يد المحجر ويدفعها إلى غيره إلا إذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين كما مرّ فيتمشى التعليل بهذا الوجه فى الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى ، أما صورة فلاستوائهما ، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية : وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض ، فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهى لصاحب النهر ، لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه انتهى . وتبعه

غرس شجرة فى أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته ، فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فجعل له النبىّ عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك » وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام فى مبسوطه (قوله ومن كان له نهر فى أرض غيره) ذكر فى شرح الطحاوى : لو أن نهرا لرجل وأرضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا فى المسناة ، فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب الأرض بالإجماع ، وإن لم يكن بينهما حائل قال أبوحنيفة رحمه الله : هى لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيها حق ، حتى أن صاحب الأرض إذا أراد رفعها : أى هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : المسناة لصاحب النهر . وذكر فى كشف الغوامض أن الاختلاف فى نهر كبير لايحتاج إلى كربه فى كل حين ، أما الأنهار الصغار التى يحتاج إلى كربها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق ، هكذا ذكره فى النهاية ، وظاهر كلام المصنف ينافيه. وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبئر) يعنى بجامع الاحتياج فإن استحقاق الحريم للحاجة وهى موجودة فى النهر كهى فى البئر والعين فيتعدى الحكم منهما إليه (وله أن القياس يأباه على ماذكرناه) يعنى قوله ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم إلى آخره ، وفى البئر عرفناه بالأثر فكان الحكم معدولا به عن القياس فى الأصل فلا يصح تعديته . وقوله (والحاجة إلى الحريم فيه) أى فى البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليلحق به بالدلالة . ووجهه أن الإلحاق بالدلالة إنما يكون للأعلى بالأدنى أو المساوى ، والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن الحاجة إلى الحريم فيه : أى فى البئر بمعنى القليب فوق الحاجة إليه فى النهر ، لأن الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ، ولا يمكن فى البئر إلا بالاستقاء ، ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق . وقوله (ووجه البناء ، إلى قوله : والقول لصاحب اليد) من جهتهما . وقوله (ولعدم استحقاقه إلى آخره) من جهة أبى حنيفة رحمه الله ، وقوله (أما صورة فلاستوائهما) يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة

(قال المصنف : لأن الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم) أقول : إلا أنه يلحقه بعض الحرج فى نقل الطين والمشى فى وسطه (قوله يشير إلى أن الخلاف الخ) أقول : لا يخفى عليك مافى الإشارة من الخفاء ، ولك أن تقول : المراد بالاستواء هو الاستواء صورة ، بأن لايرتفع الحريم

كائنين تنازعا فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه . والقضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك . ولانزاع فيما به استمساك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس . على أنه إن كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه . والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه . كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لايتمكن من نقضه وإن كان ملكه (وفى الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة فى يد أحدهما فهى لصاحب الأرض عند أبى حنيفة . وقالا : هى لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك . وقوله وليست المسناة فى يد أحدهما معناه : ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف . أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى . لأنه صاحب يد . ولو كان عليه غرس لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا . وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر . وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف . وقيل إن لصاحب النهر ذلك مالم يفحش . وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده . وقيل لايمنع للضرورة . قال الفقيه أبو جعفر : آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى إلقاء الطين . ثم عن أبى يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب . وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب . وهذا أرفق بالناس .

العينى . أقول : ليس هذا بشرح سديد . لأن الإشارة إلى ماذكره إنما يتصوّر أن لو كان المراد باستوائهما فى قوله صورة لاستوائهما استواءهما فى الارتفاع والانخفاض : أى الاستواء المكانى . ولا يذهب على ذى مسكة أن المراد بذلك إنما هو الاستواء فى الحقيقة الأرضية . كيف لا والاستواء بالمعنى الأول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لايخفى عليك . فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر (قوله وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء : فيه بحث . إذ لايظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه . بل لايبعد أن يدعى العكس انتهى . أقول : لاوجه لكلامه هذا أصلا . فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس فى مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده ولصاحب النهر عندهما . إذ لاشك أن ولاية الغرس فى موضع لمن يستحق ذلك الموضع وهذا مما لاسترة به . فكيف خفى على مثل ذلك القائل .

عن الأرض . فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهى لصاحب النهر . لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه . وقوله (يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعود بقوله على ما نذكره . وقوله (والقضاء فى موضع الخلاف) أى فى مسئلة من كان له نهر فى أرض غيره قضاء ترك لاقضاء ملك . فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته . ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لأن المقضى عليه فى حادثة قضاء ملك لايصير مقضيا له فيها . وقوله (ولا نزاع فيما به استمساك الماء) جواب عن قولهما إن الحريم فى يد صاحب النهر بإمساك الماء وهو واضح . وقوله (والمانع من نقضه) جواب عن قولهما ولهذا لايملك صاحب الأرض نقضه . وذكر رواية الجامع الصغير لأنه يتبين بها موضع الخلاف . وقوله (ليس لأحدهما عليه) أى على المسناة بتأويل الحريم .

من الأرض لاالاستواء فى الأرضية (قوله هو الموعود بقوله على ما نذكره) أقول : فيه بحث ، بل الموعود قوله وله أنه أشبه بالأرض (قال المصنف : وثمرة الاختلاف الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لايظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه ، بل لايبعد أن يدعى العكس .

(فصول فى مسائل الشرب)

(فصل فى المياه)

وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة ، والشفة الشرب لبنى آدم والبهائم) اعلم أن المياه أنواع : منها ماء البحار ، ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقى الأراضى ، حتى إن من أراد أن يكرى نهرا منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك ، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أىّ وجه شاء . والثانى ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقى الأراضى . فإن أحيا واحد أرضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ، إن كان لايضرّ بالعامة ولايكون النهر فى ملك أحد له ذلك لأنها مباحة فى الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره ، وإن كان يضرّ بالعامة فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك فى أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والأراضى . وعلى هذا نصب الرحى عليه لأن شق النهر للرحى

(فصول فى مسائل الشرب)

(فصل فى المياه)

لما فرغ من ذكر إحياء الموات ذكر مايتعلق به من مسائل الشرب ، لأن إحياء الموات يحتاج إليه ، وقدّم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء . كذا فى الشروح . أقول : يرد على ظاهره أن يقال : إذا كان الشرب مما يحتاج إليه إحياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل إحياء الموات على عكس مافى الكتاب . والجواب أن إحياء الموات لأصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به فى العنوان يستحق التقديم لامحالة ، وإنما مقصود الشراح هاهنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه

(فصول فى مسائل الشرب)

(فصل فى المياه)

لما فرغ من إحياء الموات ذكر مايتعلق به من مسائل الشرب ، لأن إحياء الموات يحتاج إليه ، وقدم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء . والشفة أصلها شفهة أسقطت الهاء تخفيفا ، والمراد بها هاهنا الشرب بالشفاه ، وجيحون : نهر خوارزم ، وسيحون : نهر الترك ، ودجلة نهر بغداد : والفرات نهر الكوفة : وضفة النهر بالكسر والفتح : حافته . وأنث ثلاث فى قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاث» لأن الفصيح فى الكلام إذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤنث نظرا إلى لفظ الأعداد ، ومثله قوله عليه الصلاة والسلام « من صام رمضان وأتبعه بستّ من شوّال » الحديث . والصوم إنما يتحقق فى الأيام لا فى الليالى ، ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الأيام أنثه . وقوله عليه الصلاة والسلام « شركاء » يريد به الإباحة فى الماء الذى لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والأنهار . وأما الكلأ وهو ما لا ساق له فإما أن ينبت فى أرض شخص أو أنبته فيها بكرى الأرض وسقيها ، فإن كان الأول كان مباحا للناس إلاأن أحدا لايدخل ملكه إلا بإذنه ، فإن لم يجد فى غير ذلك الموضع ؛ فإما أن يخرج له صاحب الأرض أو يأذن له بالدخول . وإن كان الثانى فهو أحق به ، وليس لأحد أن ينتفع بشىء منه إلا برضاه لأنه

كشفة للسقى به . والثالث إذا دخل الماء فى المقاسم فحق الشفة ثابت . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاث : الماء . والكلإ . والنار » وأنه ينتظم الشرب ، والشرب خص منه الأول وبقى الثانى وهو الشفة ، ولأن البئر ونحوها ماوضع للإحراز . ولا يملك المباح بدونه كالظبى إذا تكنس فى أرضه . ولأن فى إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لايمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان وهو محتاج إليه لنفسه وظهره ؛ فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم . وإن أراد رجل أن يسقى بذلك أرضا أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضرّ بهم أو لم يضرّ لأنه حق خاص لهم ولاضرورة . ولأنا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب . والرابع الماء المحرز فى الأوانى وأنه صار مملوكا له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما فى الصيد المأخوذ . إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل وهو مارويناه . حتى لو سرقه إنسان فى موضع يعزّ وجوده وهو يساوى نصابا لم تقطع يده . ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه إذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد ، وإن كان لايجد يقال لصاحب النهر : إما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لايكسر ضفته . وهذا مرويّ عن الطحاوى . وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر فى أرض مملوكة له . أما إذا احتفرها فى أرض موات فليس له أن يمنعه . لأن الموات كان مشتركا والحفر لإحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة فى الشفة . ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة ، والماء فى البئر مباح غير مملوك ، بخلاف الماء المحرز فى الإناء حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه . وكذا الطعام عند إصابة المخمصة ؛ وقيل فى البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له ؛

(قوله إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل ، وهو ما روينا ، حتى لو سرقه إنسان فى موضع يعزّ وجوده وهو يساوى نصابا لم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغى أن لايقطع فى الأشياء كلها ، لأن قوله تعالى ـ هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا ـ يورث الشبهة بهذا الطريق . وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى ـ هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا ـ ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب ، بخلاف قوله تعالى ـ هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا ـ فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى ـ الزانية والزانى ، والسارق والسارقة ـ وغير ذلك ، فدل على أن المراد غير مادل عليه الخصوصات . كذا فى العناية . أقول : فى هذا الجواب نظر ، لأنه وإن لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الإطلاق إبطال دليل شرعى آخر ، فإنهم حكموا بأن الماء المحرز فى الأوانى يصير مملوكا بالإحراز وينقطع حق الغير عنه : وهذا حكم شرعى لابد له من دليل شرعى لا محالة ، فلو عملنا بالحديث المذكور على الإطلاق لزم إبطال ذلك الدليل الشرعى الدال على أن الماء المحرز فى الأوانى ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس ، فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعى الدال على أن الماء

حصل بكسبه والكسب للمكتسب . وأما النار فمن أوقد نارا فى أرض فليس لأحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وأن يعمل بضوئها ، وأما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا برضاه ، لأن ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد ليس مما تثبت فيه الشركة . وكلامه واضح . وقوله (إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاث » وقوله (حتى لو سرقه إنسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغى أن لايقطع فى الأشياء كلها ، لأن قوله تعالى ـ هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا ـ يورث الشبهة بهذا الطريق . وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى ـ هو الذى خلق لكم ـ الآية . ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب . بخلاف قوله تعالى ـ هو الذى خلق لكم ـ فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى ـ الزانية والزانى . والسارق والسارقة ـ وغير ذلك ، فدل على أن المراد به غير مادل

والشفة إذا كان يأتى على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا . وفيما يرد من الإبل والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لايمنع منه ، لأن الإبل لاترده فى كل وقت وصار كالمياومة وهو سبيل فى قسمة الشرب . وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه . ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح ، لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدى إلى الحرج وهو مدفوع . وإن أراد أن يسقى شجرا أو خضرا فى داره حملا بجراره له ذلك فى الأصح ، لأن الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة . وليس له أن يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصا . وله أن يمنعه من ذلك لأن الماء متى دخل فى المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة . لأن فى إبقائه قطع شرب صاحبه ، ولأن المسيل حق صاحب النهر ، والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة . فإن أذن له صاحبه فى ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فتجرى فيه الإباحة كالماء المحرز فى إنائه .

(فصل فى كرى الأنهار)

قال رضى الله عنه : الأنهار ثلاثة : نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد كالفرات ونحوه ،

المحرز فى الأوانى ملك مخصوص لمحرزه كما قيل فى الآية المذكورة . فينبغى أن لايورث شبهة فيما لو سرق إنسان ماء محرزا فى الأول كما لاتورثها الآية المذكورة . فالحق فى الجواب عن ذلك الاعتراض ماذكره تاج الشريعة حيث قال : فإن قلت : فعلى هذا ينبغى أن لايقطع السارق نظرا إلى قوله تعالى ـ خلق لكم ما فى الأرض جميعا ـ قلت : مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد كما فى قوله تعالى ـ حرمت عليكم أمهاتكم ـ وقوله تعالى ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم ـ ولا يجوز الزائد على الأربع ، فكذا معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده لا كل الأشياء ، وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما اهـ .

(فصل فى كرى الأنهار)

قال جماعة من الشراح : لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كرى الأنهار التى كان الشرب منها ، ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخر ذكره انتهى . أقول : فيه كلام .

عليه الخصوصات . وقوله (وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر) ذكر فى المبسوط . وأكثرهم على أن له أن يمنع فى مثل هذه الصور ، لأن الشفة مالايضر بصاحب النهر والبئر ، فأما مايضر ويقطع فله أن يمنع ذلك . وقوله (ولهم أن يأخذوا منه) أى من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه . وقوله (فى الصحيح) إشارة إلى اختلاف المشايخ رحمهم الله ، فإن منهم من قال : لايأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لأن الشركة تثبت فى حق الشفة لا غير . والصحيح جوازه دفعا للحرج . وقوله (له ذلك فى الأصح) احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ إذ قالوا : ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث . وقوله (لأن الماء متى دخل فى المقاسم) أى متى دخل فى قسمة رجل بعينه . وقوله (بواحدة) أى بالكلية .

(فصل فى كرى الأنهار)

لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كرى الأنهار التى كان الشرب منها . ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخر ذكره . ووجه الحصر فى الثلاثة ظاهر . لأن النهر إما أن

(فصل فى كرى الأنهار)

ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة إلا أنه عام ، ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص . والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه . فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لأن الثانى للفقراء والأول للنوائب . فإن لم يكن فى بيت المال شىء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لايقيمونها بأنفسهم . وفى مثله قال عمر رضى الله عنه : لوتركتم لبعتم أولادكم ، إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لايطيقونه بأنفسهم . وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال ، لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ، ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبى خاص ويقابله عوض فلايعارض به ؛ ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الأراضى وفساد الطرق يجبر الآبى ، وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكرى لأنه معلوم . وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى . وقيل لايجبر لأن كل واحد من الضررين خاص . ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبى بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضى فاستوت الجهتان ، بخلاف ما تقدم ، ولا يجبر لحق

أما أولا فلأن المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب ، بل هو فى أثناء ذكر مسائلها بعد ، كيف وقد قال فيما قبل فصول فى مسائل الشرب وهو الآن شرع فى الفصل الثانى من تلك الفصول . وأما ثانيا فلأن النهر العام أيضا لايوجد بدون مؤنة الكرى ، بل له مؤنة من بيت المال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال : فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم . لا يقال : مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على أهله لا أنه يوجد بدونها مطلقا يشير إليه قول المصنف فيما بعد : وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان . لأنا نقول : مؤنة النهر العام وإن كانت على السلطان فى الظاهر حيث كان صرفها من يده إلا أنها فى الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين ، يرشد إليه قول المصنف لأن منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم فى تعليل قوله فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين . ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعا أيضا ، إذ لايلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة

يكون عاما من كل وجه أو خاصا كذلك ، أو عاما من وجه خاصا من وجه . أما الأول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة ، وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيها . وقوله (إلا أنه يخرج له) أى للكرى من كان يطيقه : أى الذى يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أى مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لايطيقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك فى تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء . وقوله (ويقابله عوض) يعنى حصة من الشرب فلا يعارض به ؛ أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص ، بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ، ويجب السعى فى إعدامه وإن بقى الضرر الخاص . وقوله (خيفة الانبثاق) يقال بثق السيل موضع كذا : أى خرقه وشقه . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخلوص . ثم قيل : يجبر الآبى كما فى الثانى وهو قول أبى بكر الإسكاف رحمه الله : وقيل لايجبر وهو قول أبى بكر بن أبى سعيد البلخى رحمه الله . وقوله (فاستوت الجهتان) يعنى فى الخصوص ، بخلاف ماتقدم وهو الإجبار فى النهر الثانى ، فإن من أبى من أهله يجبر عليه هنالك لأن إحدى الجهتين عام والأخرى خاص ، فيجبر الآبى دفعا للضرر العام عن غيره . وقوله (ولا جبر لحق الشفة) جواب عما يقال إن فى كرى النهر الخاص إحياء حق الشفة العامة فيكون فى الترك ضرر عام ، فينبغى أن يجبر الآبى على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وفى ظاهر الرواية لايجبر الآبى لحق

الشفة كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه ، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : هي عليهم جميعا من أوّله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين ، لأن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل لاحتياجه إلى تسييل مافضل من المـاء فيه . وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره ، وليس على صاحب السيل عمارته كما إذا كان له مسيل على سطح غيره ، كيف وأنه يمكنه دفع المـاء عن أرضه بسدّه من أعلاه ، ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه . وقيل إذا جاوز فوّهة نهره ، وهو مرويّ عن محمد رحمه الله . والأول أصح لأن له رأيا فى اتخاذ الفوّهة من أعلاه وأسفله ، فإذا جاز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح المـاء ليسقى أرضه لانتهاء الكرى فى حقه ، وقيل ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه ، وليس على أهل الشفة من الكرى شيء لأنهم لايحصون ولأنهم أتباع .

الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التأخير الذى ذكروه هاهنا . ثم أقول : ماذكروه هاهنا مع كونه غير تام فى نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المصنف فصول فى مسائل الشرب : فصل فى المياه ، فإنهم قالوا هناك : لمـا فرغ من إحياء الموات ذكر مايتعلق به من مسائل الشرب لأن إحياء الموات يحتاج إليه ، وقدم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو المـاء انتهى فتأمل (قوله وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره) قال صاحب النهاية : والصواب نفع غيره ، لأن الإنفاع فى معنى النفع غير مسموع ، كذا وجدت بخط الإمام تاج الدين الزرنوجى ، إلى هنا كلامه . واقتفى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا . وقال صاحب الغاية : استعمل الإنفاع فى معنى النفع وهو ضد الضرّ ، ولم يسمع ذلك فى قوانين اللغة وجاء أرجعته فى لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته . ولكن اللغة لاتصح بالقياس ، ويجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بأن يكون فى الأصل انتفاع غيره من باب الافتعال اهـ كلامه . وقال الشارح العينى بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور : قلت : لايلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة ، بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فإنّ باع متعدّ ، ولمـا قصدوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرّضا لأصل الفعل ، فإن معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا إليه ، وكذلك هاهنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا إليه انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ مآله أيضا إثبات اللغة بالقياس ، وهو غير صحيح على ماصرحوا به ، ولو صح ذلك لكان قياس ما فى الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرّضه للبيع كما لايخفى على ذى فطرة سليمة .

أهل الشفة كما لو امتنع جميع أهل النهر عن كريه فإنهم لايجبرون على الكرى لحق أهل الشفة . وقوله (ومؤنة كرى النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه إنفاع غيره) قال فى النهاية : الصواب نفع غيره لأن الإنفاع فى معنى النفع غير مسموع . وقوله (لأنهم لايحصون) يعنى فكانوا مجهولين .

(قال المصنف : فلا يلزم إنفاع غيره) أقول : الصواب نفع غيره ، لأن الإنفاع فى معنى النفع غير مسموع .

(فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه)

قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا . وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (وإذا كان نهر لرجل يجرى فى أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لايجرى النهر فى أرضه ترك على حاله) لأنه مستعمل له بإجراء مائه . فعند الاختلاف يكون القول

(فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه)

لما قرب الفراغ من بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا . لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا وقد تباع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع) قال فى المبسوط : ينبغى فى القياس أن لايقبل منه ذلك . لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لاتقبل الإعلام . ووجه الاستحسان ماذكره فى الكتاب كذا فى العناية وغيرها . أقول : فيه إشكال . لأن ماذكره فى الكتاب لايدفع ذلك الوجه المذكور للقياس فى المبسوط . إذ لاشك أن المشروط ينتفى بانتفاء الشرط ، فإذا انتفى الإعلام الذى هو شرط صحة الدعوى فى دعوى الشرب لجهالته جهالة لاتقبل الإعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره فى الكتاب من كونه مملوكا بدون الأرض إرثا وباقيا بعد بيع الأرض ومرغوبا فيه وإلا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط . فكيف يصلح ماذكره فى الكتاب أن يكون وجه الاستحسان فى مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس فى المبسوط ، على أن ماذكره فى الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححا لدعوى غيره أيضا من الأعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا . نعم يصلح ماذكر فى الكتاب أن يكون وجه الاستحسان فى مقابلة وجه آخر للقياس مذكور أيضا فى المبسوط ومنقول عنه أيضا فى النهاية ومعراج الدراية ، وهو أن المدعى يطلب من القاضى أن يقضى له بالملك فيما يدعيه إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لايحتمل التمليك بغير أرض فلا يسمع القاضى فيه الدعوى كالخمر فى حق المسلمين ، فإن ماذكر فى الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهم . ثم أقول : الوجه الأول من ذينك الوجهين للقياس فى مسئلتنا هذه وإن كان مذكورا فى المبسوط والكافى وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط فى بعضها وبطريق الأصالة فى البعض إلا أنه منظور فيه عندى ، لأنهم إن أرادوا بقولهم فى ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لاتقبل الإعلام أن الشرب مطلقا مجهول جهالة لاتقبل الإعلام فهو ممنوع ، فإنه إذا ادّعى شرب يوم فى الشهر مثلا يصير الشرب هنالك معلوما نص عليه فى الأصل ؛ فإنه قال فى باب الشهادات فى الشرب من الأصل : وإذا كان نهر لرجل فى أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم فى الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهاده ويقضى له بذلك استحسانا ، لأنها شهادة قامت على شرب معلوم من

(فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه)

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحسانا) قال فى المبسوط : ينبغى فى القياس أن لايقبل منه ذلك لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى فى الدعوى والشهادة ، والشرب مجهول جهالة لاتقبل الإعلام ، ووجه الاستحسان ماذكره فى الكتاب. وقوله (ترك على حالة) معناه لم يكن له ذلك.

(فصل فى دعوى الشرب)

(قال المصنف : لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا) أقول : قد يملك بالإرث ما لايملك بالبيع كالقصاص والخمر (قال المصنف : وإذا كان النهر لرجل الخ) أقول : أى ماؤه ذكر المحل وأريد الحال (قال المصنف : لأنه مستعمل له بإجراء مائه) أقول : الضمير فى قوله

قوله . فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له . أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر بسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه . وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره . فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب (وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره . بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد . فإن كان الأعلى منهم لايشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته . فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز . لأن الحق له . إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لايسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضرارا بهم . وليس لأحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضا أصحابه . لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء . إلا أن يكون رحى لايضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره .

غير أرض . والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلوما . والشرب معلوم لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم . إلى هنا لفظ الأصل . وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم . ولكن لايجدى شيئا فيما نحن فيه . إذ لاشك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم . فإن دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لاتصح أصلا . نص عليه في الأصل أيضا . فإنه قال فيه : وإن شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد الأيام لا تقبل هذه الشهادة لأنهم شهدوا بشرب مجهول لايمكن القضاء به لأنه لايدرى أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الأسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لأنه لايمكن القضاء بها انتهى (قوله فإن لم يكن في يده) قال في العناية والنهاية : يعنى بأن لم يكن مستعملا بإجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى . أقول : في المعنى الأول خلل ، إذ لايخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فإن لم يكن في يده هو المعنى الأول : أى بأن لم يكن مستعملا بإجراء مائه فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جاريا . إذ يكون عدم الجريان حينئذ مندرجا في مضمون قوله فإن لم يكن في يده . فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا . فالوجه هو المعنى الثاني وهو إن لم تكن أشجاره في طرفي النهر . فإن كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له . وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر ، فيكون قوله فإن لم يكن في يده إشارة إلى انتفاء العلامة الأولى . وقوله ولم يكن جاريا إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية . ويصير معنى مجموع كلامه فإن لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له أو أنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى . لايقال : يجوز أن يكون مراد

قوله (فإن لم يكن في يده) يعنى بأن لم يكن مستعملا بإجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه : أى فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له إن كان يدعى رقبة النهر ، أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها إن كان يدعى الإجراء في هذا النهر ، فإذا أقامها يقضى له لإثباته بالحجة ملكا له : يعنى في الأول أو حقا مستحقا فيه : يعنى في الثاني ، فإن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة . وقوله (فحكم الاختلاف فيها) أى اختلاف المدعين في الأمور المذكورة (نظيره) أى نظير الاختلاف في الشرب وقوله (لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره) معارض لأنهم قالوا قد استووا في إثبات اليد على الماء الذى في النهر ، والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق . وأجيب بأن إثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء ، وانتفاع من له عشر قطاع لايكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوى في إثبات اليد . وقوله (لم يكن له ذلك) أى لم يكن لصاحب الأعلى السكر (لما فيه) أى في السكر من إبطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعنى من غير سكر . وقوله (إلا أنه إذا تمكن من ذلك)

له عائد إلى النهر مرادا به المعنى الحقيقى على طريقة الاستخدام (قوله لايكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول : أى لايكون له

ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته ، وبالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه ، والدالية والسانية نظير الرحى ، ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم ، بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أوكان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك فى أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف فى خالص ملكه وضعا ورفعا . ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ، ويمنع من أن يوسع فم النهر لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء ، وكذا إذا كانت القسمة بالكوى ، وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه ، بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح . لأن قسمة الماء فى الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ، ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه . ولو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة . بخلاف ما إذا كانت الكوى فى النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد فى الكوى بالطريق الأولى (وليس لأحد الشركاء فى النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها فى ذلك شرب) لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا إذا أراد أن يسوق شربه

صاحبى العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف ، فإن لم يكن فى يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا بإجراء مائه فيه ناظرا إلى قوله ولم يكن جاريا ، وأن يكون قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر ناظرا إلى قوله فإن لم يكن فى يده على طريقة اللف والنشر الغير المرتب . لأنا نقول : مع كون اللف والنشر الغير المرتب فى مثل هذا المقام من قبيل الإلغاز فى الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو فى قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فإنها لأحد الأمرين ، فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف : فإن انتفت إحدى العلامتين فعليه البينة ، وليس بصحيح ، فإنه إذا انتفت إحداهما ووجدت أخراهما لا يجب عليه البينة ، ولهذا قال

يعنى إذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه إذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه إضرارا بهم فيمنع مافضل عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك ، فإن لم يكن لواحد منهم الشرب إلا بالسكر ولم يصطلحوا على شىء يبدأ أهل الأسفل حتى يرووا ، ثم بعد ذلك الأهل لأعلى أن يسكروا لأن فى السكر إحداث شىء فى وسط النهر المشترك ، فلا يجوز ذلك ما بقى حق جميع الشركاء ، وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر ، وهذا معنى قول ابن مسعود رضى الله عنه : أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يرووا لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعته فى ذلك ، ومن لزمك طاعته فهو أميرك . وقوله (والدالية والسانية نظير الرحى) الدالية : جذع طويل مركب تركيب مداق الأرز وفى رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها . والسانية : البعير يستقى من البئر . والجسر : اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والألواح . والقنطرة : مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا يرفع ، وكل ذلك يحدثه من يتخذه فى ملك مشترك فلا يملك إلا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم . وقوله (وكذا إذا كانت (القسمة بالكوى) الكوة : ثقب البيت والجمع كواء بالمد ، وكوى مقصور ، ويستعار لمفاتح الماء إلى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ، ومعناه ليس له أن يوسع الكوة . وقوله (وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه) أى من فم النهر ، وهذا تقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس .

انتفاع مثل انتفاع من له الخ (قال المصنف وكذا إذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزيلعى : أى ليس له توسيع فم النهر لأنه يحبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى . وقال الأكمل وغيره : معناه ليس له أن يوسع الكوة

فى أرضه الأولى حتى ينتهى إلى هذه الأرض الأخرى) لأنه يستوفى زيادة على حقه ، إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأرض الأخرى ، وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التى يفتحها فى هذا الطريق . ولو أراد الأعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كى لاتنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر ، وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما ، وبعض التراضى لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك . وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب ، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة ، والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه . بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لاتجوز العقود إما للجهالة أو للغرر ، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لايضمن إذا سقى من شرب غيره ، وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة ، وكذا لايصلح مسمى فى النكاح حتى يجب مهر المثل . ولا فى الخلع حتى يجب رد

المصنف : ولم يكن جاريا بكلمة الواو إشارة إلى انتفائهما معا (قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه . بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لاتجوز العقود إما للجهالة أو للغرر ، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لايضمن إذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ، ومفردا فى رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ماذكر فى كتاب الشرب انتهى . فتوهم بعضهم أن قوله هاهنا حتى لايضمن إذا سقى من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالإتلاف مناقضة ظاهرة . أقول : ليس ذلك بشىء لأن بناء كلامه فى المقامين على الروايتين ، فما ذكره هاهنا على رواية الأصل وهو مختار شيخ الإسلام خواهر زاده ، وما ذكره هناك على ما قاله الإمام فخر الإسلام البزدوى . وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال : رجل له نوبة ماء فى يوم معين من الأسبوع فجاء رجل فسقى أرضه فى نوبته ، ذكر الإمام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا ، وذكر فى الأصل

وصورة هذا إذا كانت الألواح التى فيها الكوة فى فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها فى وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ، ومعنى قوله يسفل كواه : أى يجعلها أعمق مما كانت وهى فى ذلك الموضع أو يرفعها إلى وجه الأرض . وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعنى من حيث أنه يزيد فى الشرب ما ليس له منه حق فى الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق فى المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لأنه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا إلى دار أخرى . وقوله (وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما) بأن يقول لشريكه اجعل لى نصف الشهر ولك نصفه ، فإذا كان فى حصتى سددت مابدا لى منها وأنت فى حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعد ماكانت القسمة بينهما بالكوى ، لأن الانتفاع بالماء فى القسمة الأولى مستدام وفى الثانية فى بعض المدة ، وربما يضر ذلك بصاحب السفل . وقوله (لأنه إعارة) لأن كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ماتراضيا عليه مبادلة ، فإن بيع الشرب بالشرب وإجارته به باطل ، وإذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء . وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه فى أملاكه وحقوقه ، وعدم جواز بيعه وهبته لايستلزم عدم جواز ذلك؛ ألا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالإرث وإن لم يملك بالبيع ونحوه ، والوصية أخت الميراث . وقوله (بعينه) احتراز عن الإيصاء ببيع الشرب كما سنذكره . والحاصل أن الشرب بغير الأرض لايملك بشىء من العقود ، فإذا سماه فى النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل ، وإذا سماه فى الخلع صح الخلع وعليها رد

لكن لايخفى أن ما ذكره الزيلعى أوجه وأولى (قال المصنف : حتى لايضمن إذا سقى من شرب غيره) أقول : ذكر المصنف فى باب البيع الفاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفردا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف ، وله حظ من الثمن على ماذكر فى كتاب الشرب انتهى . قيل قوله حتى لايضمن إذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالإتلاف

ماقبضت من الصداق لتفاحش الجهالة . ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لايملك بشيء من العقود . ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما فى حال حياته . وكيف يصنع الإمام ؟ الأصح أن يضمه إلى أرض لاشرب لها فيبيعها بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين . وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعهما فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين (وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء) أى ملأها (فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لأنه غير متعد فيه ،

(كتاب الأشربة)

أنه لايكون ضامنا . ثم قال : وفى فتاوى الصغرى : رجل أتلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره . قال الإمام البزدوى : ضمن . وقال الإمام خواهر زاده : لايضمن وعليه الفتوى انتهى . وأفصح عنه صاحب الكافى أيضا هاهنا حيث قال : حتى لو أتلف شرب إنسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره لايضمن على رواية الأصل وإن اختار فخر الإسلام أنه يضمن انتهى .

(كتاب الأشربة)

قال جمهور الشراح : ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى . وقصد بعض الفضلاء حل مرادهم

ماقبضت من المهر . وإذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه إذا لم يكن عن قصاص . فإن كان فعلى القاتل الدية وأرش الجراحة وقوله (والأصح) إشارة إلى وجود الاختلاف . فإن العلماء رحمهم الله اختلفوا فى كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب . فمنهم من قال السبيل فى ذلك أن يقال للمقومين إن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب . وقال بعضهم : يضم هذا الشرب إلى جريب من الأرض من أقرب مايكون من هذا الشرب وينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل مابينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه فى كل نوبة ثم يبيع الماء الذى جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك . واختار المصنف رحمه ماذكره فى الكتاب . وقوله (أو مخرها) قال فى الصحاح مخرت الأرض : أى أرسلت الماء فيها . وقوله (لأنه غير متعد فيه) يلوح إلى أنه إذا كان متعديا ضمن . وعدم التعدى إنما يكون إذا سقى أرضه سقيا يسقى مثله فى العادة وكان ذلك فى نوبته . وقيل إن كان جاره تقدم إليه بالأحكام ضمن . وإن لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل . والله تعالى أعلم .

(كتاب الأشربة)

ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى . وقدم الشرب لمناسبته لإحياء الموات .

مناقصة ظاهرة انتهى . لايقال : المراد بإتلاف الشرب إتلافه بالكلية وسقى الأرض من شرب غيره لايستلزمه لأنهم صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكنز هناك . وفى الكفاية : هذا على رواية الأصل ، واختيار فخر الإسلام أنه يضمن ؛ انتهى كلام صاحب الكفاية . ثم أقول : فعلى هذا لامناقضة فيه أصلا لابتناء الكلامين على الروايتين ، فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول : فلعلهم جوزوا بيعه فى صورة موت صاحبه مديونا استحسانا على خلاف القياس .

(كتاب الأشربة)

(قوله ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى) أقول : العرق اللفظى ظاهر وهو الشرب مصدر شرب ؛

سمى بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها . قال (الأشربة المحرّمة أربعة : الخمر وهى عصير العنب إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد . والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ، ونقيع الزبيب إذا اشتدّ وغلى) أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع :

بعرق واحد لفظا ومعنى فقال : العرق اللفظى ظاهر وهو الشرب مصدر شرب ، والعرق المعنوى لعله الأرض ، فإن كلا منهما يخرج منه إما بالواسطة أو بدونها انتهى . أقول : حمل مرادهم بالعرق المعنوى هاهنا على الأرض بناء على خروج الشرب منها بالذات ، وخروج الأشربة منها بالواسطة تعسف جدا لاتقبله الفطرة السليمة . والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوى هاهنا هومعنى لفظ الشرب الذى هو مصدر شرب ، فإن كلا منهما مشتق من ذلك المصدر ، ولا بد فى الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه فى اللفظ والمعنى ، وهاهنا أيضا كذلك ، وهذا معنى كونهما شعبتى عرق واحد لفظا ومعنى ، ويرشد إليه ماذكر فى غاية البيان حيث قال : ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما فى الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين فى المعنى الأصلى والحروف الأصول اهـ . ثم إن من محاسن ذكر الأشربة بيان حرمتها ، إذ لاشبهة فى حسن تحريم مايزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر إنعامه . فإن قيل : ما باله حلّ للأمم السابقة مع احتياجهم أيضا إلى العقل ؟ أجيب بأن السكر حرام فى جميع الأديان ، وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع فى المحظور بأن يدعوَ شرب القليل منها إلى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية . فإن قيل : هلا حرمت علينا ابتداء والداعى المذكور موجود ؟ أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك ، وإما لتدريج الضارى لئلا ينفر من الإسلام ، كذا فى العناية . أقول : فى كل من وجهى الجواب الثانى نظر . أما فى وجهه الأول فلأن الشهادة بالخيرية وإن لم تكن فى ابتداء الإسلام ، إلا أن نفس خيرية هذه الأمة كانت فى الابتداء والانتهاء كما لايخفى على أحد ، وهى كافية فى الكرامة فلا يتم التقريب . وأما فى وجهه الثانى فلأن نفرة الضارى بالخمر : أى المعتاد بها من الإسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها فى أىّ وقت كان ، فإنها إذا لم تحرم فى ابتداء الإسلام كان الضارى بها على حاله فى ابتداء الإسلام أيضا ، فإذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد . وأيضا احتمال كون الاعتياد بخبيث باعثا على التنفر عن الإسلام عند النهى عن تعاطى ذلك الخبيث متحقق فى كثير من المنكرات التى نهى عنها فى ابتداء الإسلام ، مع أنه لم يعتبر ذلك فى مقابلة ظهور شرف الإسلام فهاهنا أيضا ينبغى أن يكون كذلك . فالوجه الوجيه فى الجواب عن السؤال الثانى ماذكره صاحب النهاية حيث قال : فإن قيل : هلا حرّمت الخمر فى ابتداء الإسلام مع وجود هذه الحكمة ؟ قلنا : أباحه الله تعالى فى ابتداء الإسلام ليعاين الفساد فى الخمر ، حتى إذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم . وليس الخبر كالمعاينة انتهى (قوله سمى بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعنى سمى

ومن محاسنه بيان حرمتها ، إذ لاشبهة فى حسن تحريم مايزيل العقل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر إنعامه . فإن قيل : ما باله حلّ للأمم السالفة مع احتياجهم إلى ذلك . أجيب بأن السكر حرام فى جميع الأديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع فى المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية . فإن قيل : هلا حرمت ابتداء والداعى المذكور موجود . أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك وإما لتدريج الضارى لئلا ينفر من الإسلام (وسمى هذا الكتاب بها) أى بالأشربة (وهى جمع شراب) اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها . قال (الأشربة المحرمة أربعة الخ) الأشربة المحرمة أربعة : الخمر ، وهى عصير العنب

والعرق المعنوى لعله الأرض فإن كلا منهما يخرج منه إما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها إلى قوله إلى ذلك) أقول : الضمير فى حرمتها راجع إلى الأشربة وضمير باله إلى « ما » فى قوله مايزيل وأشار بقوله ذلك إلى العقل والمعنى ما بال الشئ الذى يزيل العقل حل للأمم السالفة مع احتياج الأمم السالفة إلى العقل (قوله فإن قيل : هلا حرمت ابتداء) أقول : يعنى هلا حرمت لنا ابتداء (قوله أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك) أقول : الشهادة وإن تأخرت وجودا لكنها عامة لأول هذه الأمة وآخرها (قال المصنف : سمى بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) أقول : أى بيان حكم أنواعها ، ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب

أحدها فى بيان مائيتها وهى النىء من ماء العنب إذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم . وقال بعض الناس : هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر » وقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين » وأشار إلى الكرمة والنخلة ، ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر . ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفى غيره غيره .

هذا الكتاب بالأشربة : أى أضيف إليها ، والحال أن الأشربة جمع شراب ، وهو اسم فى اللغة لكل مايشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا ، وفى استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه : أى فى هذا الكتاب من بيان حكمها : أى حكم الأشربة كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود ، وكما سمى كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع . هذا زبدة ماذكر هاهنا فى جملة الشروح والكافى مع نوع زيادة فى حل الألفاظ . قال بعض الفضلاء : فى تفسير قوله من بيان حكمها : أى بيان حكم أنواعها ، وقال : ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع : يعنى إنما عنون بها لأن فيه بيان أحكام أنواعها كما فى البيوع ،أو لإضافة الكتاب إلى الأعيان ، والفقه يبحث عن أفعال المكلفين ، فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هاهنا وصف للأعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالأعيان ويعلم منه حال الأفعال ، والتفصيل فى كتب الأصول خصوصا التلويح فى أوائل القسم الثانى ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس لتوجيهه الذى ذكره لإضافة الكتاب إلى الأعيان معنى محصل ، لأنه إن أراد أن الحكم وهو الحرمة هاهنا وصف للأعيان حقيقة لا للأفعال فهو ممنوع ، إذ قد تقرر فى كتب الأصول سيما فى التلويح فى أوائل القسم الثانى أن إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان كحرمة الميتة والخمر والأمهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب إطلاق اسم المحل على الحال ، أو هو مبنى على حذف المضاف : أى حرم أكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الأمهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الأظهر على تعيين المحذوف . وأما عند بعضهم وإن كانت إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان حقيقة لوجهين مفصلين فى محله ، إلا أن كون إضافتهما إلى الأفعال حقيقة مما لم ينكره أحد قط ، بل من يقول بكون إضافتهما إلى الأعيان حقيقة إنما يقيس إضافتهما إلى الأعيان على إضافتهما إلى الأفعال فى كونها حقيقة ، ويستمد بذلك فى توجيه مذهبه ، فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للأعيان حقيقة لا للأفعال على كلا المذهبين . وإن أراد أن الحرمة هاهنا وصف للأعيان مجازا لا للأفعال لايتم قوله فلذلك عنون بالأعيان : لأن كون الحرمة وصفا للأعيان مجازا لايقتضى أن يعنون الكتاب بالأعيان ، بل رعاية جانب الحقيقة فى العنوان أولى وأحسن بلا ريب ، فكان الذى ينبغى أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الأشربة حتى يراعى كون الفقه باحثا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال . وبالجملة توجيهه المذكور ليس بتام على كل حال (قوله أحدها فى بيان ماهيتها) وقع فى بعض النسخ مائيتها بدل ماهيتها . قال فى غاية البيان : المائية بمعنى الماهية ، وهى ما به الشىء هو هو كماهية الإنسان وهى حيوان ناطق انتهى . قلت : وفى نسخة مائيتها هاهنا إيهام لطيف لما فى قوله وهى النىء من ماء العنب تبصر ثقف (قوله ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه) أقول : لمانع أن يمنع إطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنىء من ماء العنب إذا صار مسكرا ؛ ألا يرى أنه قال فى قاموس اللغة : الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام . وقال : والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب ، وما كان شرابهم إلا البسر والتمر انتهى . وهذا صريح فى أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم

إذا غلى واشتد ، والمراد بالاشتداد صلاحيته للإسكار وكلامه واضح . وقوله (وقال بعض الناس) قيل يريد به مالكا والشافعى رحمهما الله . وقوله (فيما ذكرناه) إشارة إلى النىء من ماء العنب . وقوله (فى غيره) أى واشتهر فى غير النىء من ماء العنب إذا صار

بصيغة الجمع : يعنى إنما عنون بها لأن فيه بيان أحكام أنواعها كما فى البيوع ، أو لإضافة الكتاب إلى الأعيان ، والفقه يبحث عن أفعال المكلفين ، فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للأعيان لاللأفعال فلذلك عنون بالأعيان ، ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل فى كتب الأصول خصوصا التلويح فى أوائل القسم الثانى (قال المصنف : وهوالنىء من ماء العنب) أقول : ذكر الضمير الراجع إلى الخمر

ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية ،

ماء العنب وغيره ، وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولأن حرمة الخمر قطعية وهى فى غيرها ظنية) قال صاحب غاية البيان : بيانه أن النىء المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالإجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية . فأما سائر الأشربة فى تسميتها خمرا شبهة ، لأن فيها خلافا بين أهل العلم ، وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة ، لأن بالشبهة لايثبت القطع واليقين انتهى . أقول : فى هذا البيان خلل : فإنه جعل فيه مدار كون الحرمة فى غير النىء المسكر من ماء العنب ظنية اختلاف العلماء فى تسمية ذلك خمرا وليس بسديد . إذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف وإثبات أن غير النىء المسكر من ماء العنب لايسمى خمرا . فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم فى تسميته خمرا لزم المصادرة على المطلوب . فكأنه قال : الخمر هى النىء من ماء العنب إذا صار مسكرا . وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس . لأن حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النىء من ماء العنب ظنية ، لأنا خالفنا فى كون غير ذلك خمرا وقلنا: إن اسم الخمر مخصوص بالنىء من ماء العنب لايطلق على غير ذلك ، فأورث خلافنا فى ذلك شبهة فى كونه خمرا فلم تكن حرمته قطعية . وفى هذا مصادرة كما ترى . وقال صاحب العناية فى بيان هذا المقام : يعنى أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية ، وما هو قطعى لايثبت إلا بقطعى ، وكون النىء من ماء العنب خمرا قطعى بلا خلاف فيثبت به ، بخلاف غيره فإن فيه اختلافا بين العلماء ، وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظنى انتهى . أقول : وفيه أيضا خلل. أما أولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب ، فإن الظاهر من قوله فإن فيه اختلافا بين العلماء فى مقابلة قوله وكون النىء من ماء العنب خمرا قطعى بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء فى غير النىء من ماء العنب اختلافهم فى كونه خمرا فيئول إلى ماذكر فى غاية البيان . وأما ثانيا فلأن قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظنى كلام غير صحيح لا ارتباط بما قبله ، لأن مدلول ماقبله أن غير النىء من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء فى حقه ، فاللازم منه أن تكون حرمته ظنية ، فإن أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النىء من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا ، وإن أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظنى ، إذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعى كما أفصح عنه فى صدر بيانه حيث قال : يعنى أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية ، وما هو قطعى لايثبت إلا بقطعى . فالحق فى شرح كلام المصنف هاهنا ماذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا : يعنى فلا يصح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين تثبت الحرمة فى تلك العين قطعا ، وغير النىء ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى . فإنهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد فى تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب ، بل أرادا به الاجتهاد فى عدم حرمته كما أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال فى العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا . وقال الأوزاعى : إنه مباح ، وقال فى نقيع التمر بعد بيان أنه حرام . وقال شريك بن عبد الله إنه مباح ، وقال فى نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وغلى ، ويتأتى فيه خلاف الأوزاعى . ثم إن بعض الفضلاء طعن فى هذا التعليل المذكور

مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف . وقوله (ولأن حرمة الخمر قطعية) يعنى أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية ، وما هو قطعى لايثبت إلا بقطعى ، وكون النىء من ماء العنب خمرا قطعى بلا خلاف فيثبت به ، بخلاف غيره فإن فيه اختلافا بين العلماء رحمهم الله . وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظنى .

باعتبار الخبر ، أو لأن الخمر قد يذكر ، صرح به فى القاموس (قال المصنف : ولأن حرمة الخمر قطعية وهى فى غيره ظنية) أقول : هذا التعليل ينبغى أن يكون لأبى حنيفة ، وإلا فعندهما إذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليلها لو علاه به فليتأمل (قوله وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول : لايقول الخصم بقطعية حرمة غير النىء ؛ ألا يرى أنهم لايكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الإلزام ، وهذا كالربا فإن حرمته قطعية ، وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية (قوله وما يدل عليها ظنى) أقول : الواو للحال .

وإنما سمى خمرا لتخمره لالمخامرته العقل . على أن ماذكرتم لاينافى كون الاسم خاصا فيه .

من قبلنا حيث قال : لايقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء ؛ ألا يرى أنهم لايكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الإلزام ، وهذا كالربا فإن حرمته قطعية وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب لاينافى توجه الإلزام عليهم ، بل بذلك يتوجه الإلزام عليهم لأن حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتى فى الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمى الخمر فى كتابه الكريم رجسا والرجس ماهو محرم العين . وقد جاءت السنة متواترة أن النبى صلى الله عليه وسلم حرّم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة . وما ثبت بهذه الأدلة القطعية قطعى جزما ، فإذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين أن لايكون غير النيء خمرا إذ لاشك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لايجتمعان فى محل واحد . فقد توجه عليهم الإلزام فى قولهم إن كل مسكر خمر . وتنظيره الذى ذكره بقوله وهذا كالربا إلى آخره لايجدى شيئا ، لأن علة الربا عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس . وعند الشافعى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الأثمان . ففى بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لايوجد الربا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع . وأما عندالشافعى فيوجد فيهالربا لوجود علته فيحرم فكون حرمة الربا قطعية يصير حجة على الشافعى هناك أيضا لمثل ماقلنا هاهنا فلا فائدة فى التنظير أصلا (قوله وإنما سمى خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل) قال بعض الفضلاء : ولك أن تقول هذا منع لايضر انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لانسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة : يعنى إنما سمى خمرا لتخمره : أى لتشدده وقوته . وهذا المعنى لم يوجد فى غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا . ويشير إليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية هاهنا حيث قالا : أى لتشدده وقوته فإن لها شدّة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى . ولئن سلم أن ذاك منع لامعارضة فلا وجه لقوله لايضر ، فإن المقصود بهذا الكلام إنما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر . فإنه إذا منع قوله لأنه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له . ثم إن صاحب العناية قال فى شرح كلام المصنف هذا : وقوله وإنما سمى يعنى غير النيء من ماء العنب خمرا لتخمره : أى لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمى خمرا لمخامرته العقل انتهى . أقول : هذا شرح فاسد لايطابق المشروح أصلا ، إذ حينئذ لايظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد ، على أن ماذكرتم لاينافى كون الاسم خاصا فيه ، ولعمرى إن هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح . وكان لنا أن نحمل كلمة غير فى قوله يعنى غير النيء على السهو من قلم الناسخ الأول لولا قوله كالخمر فى قوله أى لصيرورته مرا كالخمر ، فإن التشبيه بالخمر يقتضى أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النيء من ماء العنب . والصواب فى شرح هذا المقام أن يقال : يعنى إنما سمى النيء من ماء العنب خمرا لتخمره : أى لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود فى غيره فلم يكن خمرا لا لمخامرته العقل : أى ليست التسمية لمخامرته العقل : أى ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية فى غير النيء من ماء العنب أيضا فيكون خمرا . فحينئذ ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لايخفى . وقال جماعة من الشراح فى تفسير قول المصنف لتخمره : أى لصيرورته خمرا . أقول : هذا تفسير خال عن التحصيل موءدّ إلى

وقوله (وإنما سمى) يعنى غير النيء (خمرا لتخمره) أى لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته ، جواب عن قولهم سمى خمرا لمخامرته العقل . ولئن سلمنا أنه مشتق منها لكن لاينافى اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصا ، فإن النجم مشتق من نجم إذا ظهر ، ثم هو خاص بالثريا ، وكالقارورة مشتق من القرار ولا يستعمل فى الكوز وإن وجد فيه القرار وأنظاره

(قوله وإنما سمى : يعنى غير النيء خمرا لتخمره الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه حينئذ لايرتبط الجواب للمجاب عنه ، لأن تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من المخامرة ، فكل ما يوجد فيه معنى المخامرة فهو خمر ، لكن المقدم حق والتالى مثله فليتأمل (قال المصنف : وإنما سمى خمرا لتخمره) أقول : ولك أن تقول : هذا منع لا يضر .

فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ماظهر وهذا كثير النظير . والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله . والثانى أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة . والثانى فى حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما إذا اشتدّ صار خمرا . ولا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به . وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد

إلى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ماظهر) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : فإن النجم مشتق من نجم إذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى ، وتبعه العينى . أقول : هذا شرح غير صحيح لايطابق المشروح . لأن النجم إنما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ، ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين . بل لأجل الغلبة وكثرة استعماله فى فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الأعلام الغالبة على ماتقرر فى موضعه . والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا لأن معنى الظهور إنما لوحظ فى مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لافى مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا ، فإن كونه علما له إنما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه ، ولهذا يقال للأعلام الغالبة أعلام اتفاقية ، وهذا كله مما لاسترة به عند من له دربة بالعلوم الأدبية ، وكأن صاحب العناية إنما اغتر بلفظ المعروف فى قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف ، إلا أن مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف بإطلاق لفظ النجم عليه من بين مايوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثانى أريد به بيان الحكم) قال فى غاية البيان والعناية : يعنى إذا أسكر كثيره كان حكمه فى الإسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد انتهى. أقول : فيه بحث . لأن حاصله تفسير الحكم فى قوله والثانى أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند إسكار كثيره وليس بتام . لأن قوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين » يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قريش » على ماتقرّر فى موضعه . فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور فى ذينك الشرحين لزم أن لايصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما إلى الكرمة والنخلة . لأن المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحدّ عند إسكار الكثير يتحقق فى غير تينك الشجرتين أيضا ، فإن نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وإن كان حلالا عند أبى حنيفة وأبى يوسف إذا لم يصل مرتبة الإسكار وكان من غير لهو وطرب ، إلا أنه إذا أسكر كثيره صار حراما بالإجماع . ويثبت به الحدّ على القول الأصح كما سيجيء فى الكتاب . والحق أن المراد بالحكم الذى أريد بيانه بالحديث الثانى هو حرمة قليله وكثيره ، وهذا المعنى لايتحقق فى المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار . وعبارة صاحب الكافى فى تفسير المراد بالحكم هاهنا وإن لم تكن صريحة فى حرمة القليل والكثير معا ، إلا أنها بإجمالها لاتنافيها بل تساعدها حيث قال : والمراد بالثانى بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة ، واقتفى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لأن الاسم يثبت به ، وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد) أقول : فيه نظر ، لأن

كثيرة . وقوله (والحديث الأول) يريد به « كل مسكر خمر » روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال : الأحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بولىّ وشاهدى عدل » والثانى « من مسّ ذكره فليتوضأ » والثالث « كل مسكر خمر » وكان يحيى بن معين إماما حافظا متقنا حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله : كل حديث لايعرفه يحيى بن معين فليس بحديث . وقوله (والثانى) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعنى إذا أسكر كثيره كان حكمه فى الإسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد ، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع

(قال المصنف : فإن النجم مشتق من الظهور) أقول : أى من النجوم الذى بمعنى الظهور ، ففى كلامه مسامحة (قال المصنف : والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين) أقول : مع أنه يمكن أن يجاب عنه بما أجيب به الحديث الثانى (قال المصنف : وعندهما إذا اشتد) أقول : يعنى ثبت الاسم به إذا اشتد ، والمراد الاسم الشرعى (قال المصنف : لأن الاسم يثبت به) أقول : أى بالاشتداد ، لكن أبا حنيفة رحمه الله

بالاشتداد . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف بالزبد وسكونه . إذ به يتميز الصافى من الكدر . وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدّ وإكفار المستحل وحرمة البيع . وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا . والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه : ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال إن السكر منها حرام . لأن به يحصل الفساد وهو الصدّ عن ذكر الله . وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فإنه تعالى سماه رجسا والرجس ماهو محرم العين . وقد جاءت السنة متواترة « أن النبىّ عليه

قوله لأن الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب . لأن مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد . فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشىء بنفسه . وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة . وهذا ينافى ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه . وقد شرح الشارح الكاكى قول المصنف هذا بما هو أظهر فى المنافاة حيث قال : وكذا المعنى المحرم وهو الإسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر فى الفساد : أى الإسكار مؤثر فى إيقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى اهـ . إذ لايخفى أن هذا إنما يلائم قول من قال إنها معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكر حرمة عينها . وقال : السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصدّ عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولأبى حنيفة أن الغليان بداية الشدة و كمالها بقذف الزبد وسكونه إذ به يتميز الصافى من الكدر : وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدّ وإكفار المستحل وحرمة البيع) أقول : لقائل أن يقول : الكلام فى هذا الموضع فى حدّ ثبوت اسم الخمر لا فى حدّ ترتب الأحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر فى بداية الشدة ويشترط ترتب الأحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب . ويمكن أن يقال : الكلام هاهنا فى حدّ ثبوت اسم الخمر فى الشرع لا فى حدّ ثبوته فى اللغة فقط ، فإذا ثبت اسمها الشرعى يلزم أن يترتب عليها الأحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء : فرق ما بين السكر والإسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى . أقول : ليس هذا بشىء . لأن السكر لازم الإسكار ومطاوعه فلا يفترقان فى التحقيق ، فالتعليل بأحدهما يؤدى إلى التعليل بالآخر . ومجرد الفرق بينهما فى المفهوم لايجدى شيئا فقهيا هاهنا كما لايخفى ، كيف ولا شك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشىء مّا أصلا . لا أنها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشىء آخر كالإسكار . لأن ماذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى إنما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافى كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط ، وإنما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع فى كلام

لا لبيان الحقائق . وقوله (وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا) يعنى وفى الحدّ يؤخذ بقذف الزبد احتياطا أيضا . وقوله (وهذا) أى إنكار حرمة عينها (كفر) من المنكر وإن كان قليلا لحرمة السكر منه (لأنه جحود الكتاب) يعنى قوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر ، إلى قوله تعالى : فهل أنتم منتهون ـ وقد ذكرنا دلالته على ذلك فى « الإشراق شرح مشارق الأنوار » على أحسن مايكون فليطلب منه ثمة . وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر ، وكل واحد منها إن لم يبلغ حدّ التواتر فالقدر المشترك منها متواتر ، كشجاعة على رضى الله

تعالى يمنع هذه المقدمة إن كان المراد الاسم الشرعى ، وكيف لا وفيه المصادرة ، وإن كان اللغوى يمنع الاستلزام : أى استلزام ثبوت اللغوى ثبوت الشرعى (قال المصنف : ولأبى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد الخ) أقول : فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنىء من ماء العنب إذا صار مسكرا تعريفا بالأعم عند أبى حنيفة . ويقال : المطلق ينصرف إلى الكامل ، وكمال الإسكار بقذف الزبد ، فالمراد بالمسكر عنده هو الكامل فى الإسكار ، يفهم ذلك من تقرير دليله (قال المصنف : والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول : فرق ما بين السكر والإسكار ، فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالته على ذلك فى [الإشراق شرح مشارق الأنوار] أقول : وفى شرح حديث « إن الله حرم الخمر الخ »

الصلاة والسلام حرّم الخمر ؛ وعليه انعقد الإجماع ،ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر ، ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه، بخلاف سائر المطعومات . ثم هو غير معلول عندنا حتى لايتعدى حكمه إلى سائر المسكرات ، والشافعي رحمه الله يعدّيه إليها ، وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم ، والتعليل فى الأحكام لافى الأسماء . والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا . والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي . والسادس سقوط تقوّمها فى حق المسلم حتى لايضمن متلفها وغاصبها ولايجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزّتها.وقال عليه الصلاةوالسلام

المنكر هذه العبارة تبصر تفهم (قوله والشافعي يعديه إليها ، وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة :وهي ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب » وقالوا :ولما كانت حرمتها لعينها لايصح التعليل لأن التعليل حينئذ يكون مخالفا للنص انتهى . أقول : لقائل أن يقول : إن كان تعليلها وتعديتها إلى غيرها منافيا لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها إلى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضا فإنه سماه رجسا ، والرجس ماهو محرم العين كما مر ، والسنة المتواترة وإجماع الأمة أيضا على مامر من قبل ، ، وذلك يؤدى إلى جحود تلك الأدلة القطعية ، وحاشى للشافعي من ذلك ، وإن لم يكن تعليلها وتعديتها إلى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الأدلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها إلى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة ، لأن مدلول السنة المشهورة إنما هو حرمة عين الخمر ، والفرض أن تعديتها إلى غيرها لاينافى حرمة عينها . ثم أقول : الحق عندى هاهنا أن تعليلها بالإسكار ينافى حرمة عينها ، لأن قليلها ليس بمسكر فيلزم أن لايكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالإسكار ، ويلزم منه أن لايكون عينها حراما ، لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالإسكار ، وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها ، فالظاهر أنه لاينافى حرمة عينها ، والشافعي إنما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحدّ بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به فى الكافى والشروح فمن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على مابينا) أقول : فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على مابينه فيما مرآنفا إنما هوحرمتها ، فإن استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا رابعا مبحوثا عنه بالأصالة وإن لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة . نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة ، فإنه سماها رجسا ، والرجس هو القذر على مانص عليه فى عامة كتب اللغة ، إلا أنه يبقى الكلام فى صيغة الجمع فى قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على مابيناه ، فالأولى هاهنا تحرير صاحب الكافى حيث قال : وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لأنها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقوّمها فى حق المسلم حتى لايضمن متلفها وغاصبها ، ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزتها)

عنه وجود حاتم ، ويسمى هذا التواتر بالمعنى . وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعنى دعاء القليل إلى الكثير . قال فى المبسوط : مامن طعام وشراب إلا ولذته فى الابتداء، ولا يزيد على اللذة فى الانتهاء إلا الخمر ، فإن اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها . وقوله (لأنه خلاف السنة المشهورة) يعنى ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها والسكرمن كل شراب»ولما كانت حرمتها لعينها لايصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها إلى غيرها . وقوله (حتى لايضمن متلفها)

(قال المصنف : والشافعي يعديه إليها) أقول : أنث الضمير الراجع إلى سائر لاكتسابه التأنيث من المضاف إليه (قال المصنف : والتعليل فى الأحكام لا فى الأسماء) أقول : فإن قيل : الشافعي أيضا يعدى الحكم كما اعترف به المصنف آنفا فما وجه هذا الكلام ؟ قلنا : إنما يعدى الحكم بواسطة تعدية الأسماء فليتأمل .

« إن الذى حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها » واختلفوا فى سقوط ماليتها . والأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها وتضنّ بها . ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لايحلّ له أن يأخذه ، ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب فى يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما فى بيع الميتة . ولو كان الدين على ذمى فإنه يؤديه من ثمن الخمر ، والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز . والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ، ولأنه واجب الاجتناب وفى الانتفاع به اقتراب . والثامن أن يحدّ شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاقتلوه » إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبقى الجلد مشروعا ، وعليه انعقد إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وتقديره ذكرناه فى الحدود . والتاسع أن الطبخ لايؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها ، إلا أنه لايحدّ فيه مالم يسكر منه على ما قالوا ، لأن الحدّ بالقليل فى النىء خاصة ، لما ذكرنا وهذا قد طبخ . والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعى وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى ، هذا هو الكلام فى الخمر . وأما العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ماذهب نصفه بالطبخ . فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد ، أو إذا اشتد على الاختلاف .

أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل ينتقض بالسرقين فإنه نجس العين مع أنه مال متقوّم يجوز بيعه عندنا كما مر فى فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال : ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة . وقال الشافعى : لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فشابه العذرة ، وجلد الميتة قبل الدباغ . ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى فى الأراضى لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع ، بخلاف العذرة انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام) أقول : انتقاض هذا التعليل بالسرقين أظهر مما مر آنفا فتدبر (قوله وأما العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق) قال فى القاموس : الباذق بكسر الذال وفتحها : ماطبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديدا . وقال فى المغرب : الباذق من عصير العنب : ماطبخ أدنى طبخة فصار شديدا . وقال فى الفائق : هو تعريب باذه وهو الخمر . ونقل صاحب النهاية ما فى المغرب وما فى الفائق ولم يتكلم على شىء منهما بشىء . أقول : فيما ذكر فى الفائق نظر ، لأن الخمر على مامر هى النىء من ماء العنب إذا صار مسكرا ، والمطبوخ ليس بنىء قطعا ، والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لامحالة ، ولهذا قال المصنف : وأما العصير إذا طبخ فى مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصوّر أن يكون الباذق تعريب باذه بمعنى الخمر ، اللهم إلا أن يكون ماذكر فى الفائق مبنيا على ماقاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لاعلى ماهو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للنىء من ماء العنب إذا أسكر (قوله والمنصف وهو ماذهب نصفه بالطبخ) قال فى غاية البيان : قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الأوجه عطفا على قوله الباذق : أى يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه

لايدل على إباحة إتلافها . وقد اختلفوا فيها ، فقيل : يباح ، وقيل لايباح إلا لغرض صحيح بأن كانت عند شريب خيف عليه الشرب ، وأما إذا كانت عند صالح فلا يباح لأنه يخللها . وقوله (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التداوى بالاحتقان وسقى الدواب والإقطار فى الإحليل . وقوله (إلا أن حكم القتل قد انتسخ) يعنى بقوله صلى الله عليه وسلم « لايحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى معان ثلاث » الحديث . وقوله (على ماقالوا) قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله : لم يذكر محمد أنه إذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ؟ ثم قال : ويجب أن لايجب عليه الحدّ لأنه ليس بخمر لغة ، فإن الخمر لغة هو النىء من ماء العنب وهذا ليس بنىء . وقوله (والمنصف) قيل يجوز أن يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق : أى يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ، ويسمى المنصف أيضا لأنه قال : الأشربة المحرمة أربعة : وهى الخمر ، والعصير الذاهب أقل من ثلثيه ، ونقيع التمر ،

وقال الأوزاعي : إنه مباح . وهو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس بخمر . ولنا أنه رقيق ملذّ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به . وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر : أي الرطب

الباذق ويسمى المنصف أيضا . والدليل على هذا أن أبا الليث فسر فى شرح الجامع الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمنصف . وأيضا أنه قد حصر الأشربة المحرمة . على أربعة وهى الخمر والعصير الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب . فلو كان المنصف غير الباذق الذى هو المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه لكانت الأشربة المحرّمة خمسة . ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لأنه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لأنه أعم من أن يكون منصفا أوغيره . وهذا جعل شيخ الإسلام خواهر زاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون مافى غاية البيان : والأول أوجه معنى وهذا أوجه لفظا . لأنه لوكان منصوبا لقال أيضا انتهى . أقول : لعل الأول لاوجه له أصلا فضلا عن أن يكون أوجه فإنه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذى طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين : أحدهما الباذق والآخر المنصف . وهذا يقتضى أن يكون الباذق والمنصف متحدين فى المعنى وهو العصير المطبوخ أدنى طبخة . مع أن تحرير المصنف ينافى ذلك . أما أوّلا فلانه فسر المنصف بقوله وهوماذهب نصفه بالطبخ . ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ماذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصوّر الاتحاد فى المعنى . وأما ثانيا فلأنه قال : فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتد الخ . ولا يخفى أن لفظ كل يقتضى التعدد بحسب المعنى لابحسب الاسم فقط . فالحق أن قول المصنف والمنصف مرفوع لاغير فهومعطوف على المطبوخ فى قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة . والمعنى : أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين : أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق ، والآخر المنصف وهو ماذهب نصفه بالطبخ . وكل واحد منهما حرام عندنا إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد . أو إذا اشتدّ على الاختلاف . وأما حديث أن المنصف لو كان غير الباذق لكانت الأشربة المحرّمة خمسة وقد حصروها فى الأربعة فعلى طرف الثمام لأن الأربعة التى حصروا الأشربة المحرمة فيها إنما هى أصول الأشربة المحرّمة وأقسامها الأولية : والباذق والمنصف ليسا كذلك : بل إنما هما قسمان من أحد تلك الأصول . والأقسام الأولية وهوالطلاء العام للباذق والمنصف . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه لفظا لأنه لو كان منصوبا لقال أيضا حيث قال فيه بحث : فإن المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى . أقول : هذا ساقط جدا لأن كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف إنما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعا : وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لأن يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر . بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير إنما هو تعدّد الاسم دون المسمى كما لايخفى على من له دراية بقواعد العربية . ثم أقول : يمكن أن يناقش فى قول صاحب العناية لأنه لوكان منصوبا لقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو العاطفة فى قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغنى غناء كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوبا لقال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر : أى الرطب) قال صاحب الغاية : وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لأن التمر إذا نقع فى الماء يسمى نقيعا فلا حاجة إلى

ونقيع الزبيب . فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الأشربة المحرمة خمسة . ويجوز أن يكون مرفوعا لأنه نوع من الذاهب أقل من ثلثيه لأنه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ، والأول أوجه معنى وهذا أوجه لفظا ، لأنه لوكان منصوبا لقال أيضا . وقوله (وهو النيء من ماء التمر : أى الرطب) إنما فسر التمر بالرطب لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال

(قوله لكانت الأشربة المحرمة خمسة) أقول : كيف تكون خمسة وكل منهما من أقسام المسمى بالطلاء (قوله لأنه أعم من أن يكون منصفا أو غيره) أقول : فيندفع لزوم كونها خمسة (قوله لأنه لوكان منصوبا لقال أيضا) أقول : فيه بحث ، فإن المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا (قوله إنما فسر التمر بالرطب الخ) أقول : رد على الإتقانى ، وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ)

فهو حرام مكروه . وقال شريك بن عبد الله : إنه مباح لقوله تعالى ـ تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا ـ امتنّ علينا به ، وهو بالمحرم لايتحقق . ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ويدل عليه ما رويناه من قبل . والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة كلها . وقيل أراد به التوبيخ ، معناه والله أعلم : تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا . وأما نقيع الزبيب وهو النىء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتدّ وغلى ويتأتى فيه خلاف الأوزاعى . وقد بينا المعنى من قبل . إلى أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر ، لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية .

أن ينقع الرطب لامحالة حتى يسمى نقيعا . وقياس كلامه هنا أن يقول فى نقيع الزبيب : أى نقيع العنب وليس بقوىّ انتهى . وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر : وإنما فسر التمر بالرطب لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر ، وهو حلال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله على ماسيجىء انتهى . أقول : فيما قاله جمهور الشراح أيضا نظر ، لأن الذى كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إنما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به فى عامة المعتبرات . وسيجىء فى الكتاب فى قوله وقال فى المختصر ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتدّ إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لايسكره من غير لهو وطرب ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وعند محمد والشافعى حرام انتهى . والذى ذكر هاهنا إنما هو نقيع التمر إذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو النىء من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لاغير . ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا . فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح : أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لأن مستحلّ الخمر يكفر ومستحل غيرها لايكفر اهـ أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأنه لوكان مقصود المصنف بإرداف الحرام بالمكروه الإشارة إلى ماذكروه لأردفه بذلك فى كل واحد من الأقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر ، إذ ليست حرمة شىء منها كحرمة الخمر ، ولو اكتفى بإردافه بذلك فى واحد من تلك الأقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لايخفى . وأما ثانيا فلأن المصنف سيصرح بأن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لايكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فلا حاجة إلى الإشارة إلى ذلك هاهنا (قوله وقيل أراد به التوبيخ ، معناه والله أعلم : تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا) قال الشراح : أى أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتتركون رزقا حسنا . أقول : فيه إشكال لأنهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بأن الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصوّر أن يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مما لم يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لايكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر ، لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمرقطعية) أقول : لقائل أن يقول : من هذه الأشربة نقيع التمر وهوالسكر ، وقد قال فى إثبات حرمته : ولنا إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، وقد تقرر فى علم الأصول أن إجماع الأمة سيما إجماع

على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله على ما سيجىء . قوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمة الخمر ، لأن مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لايكفر . وقوله (ويدل عليه مارويناه من قبل) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » وأشار إلى الكرمة والنخلة . وقوله (والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة) لأنها مكية وحرم الخمر بالمدينة ، وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم . وقيل أراد به التوبيخ ، ومعناه : أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا . وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذّ مطرب الخ .

أقول : فى المغرب : السكر بفتحتين : عصير الرطب إذا اشتد ، وفى الطلبة : السكر بفتح السين والكاف ، هو النىء من ماء التمر . وقال فى ديوان الأدب :

ولا يجب الحدّ بشربها حتى يسكر ، ويجب بشرب قطرة من الخمر ، ونجاستها خفيفة فى رواية وغليظة فى أخرى ، ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة . ويجوز بيعها . ويضمن متلفها عند أبى حنيفة خلافا لهما فيهما لأنه مال متقوّم ، وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقوّمها . بخلاف الخمر . غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ماعرف ، ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة . وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال فى الجامع الصغير : وما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به) قالوا : هذا الجواب على هذا العموم والبيان لايوجد فى غيره ، وهو نص على أن مايتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبى حنيفة ، ولا يحدّ شاربه عنده وإن سكر منه . ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج وابن الرماك . وعن محمد أنه حرام ويحدّ شاربه ويقع طلاقه إذا سكر منه كما فى سائر الأشربة المحرمة

الصحابة دليل قطعى يكفر جاحده . فكيف يتم القول هاهنا بأن حرمة هذه الأشربة لايكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لاقطعية ؟ ويمكن أن يجاب عنه بأن نقل الإجماع قد لايكون بالتواتر ، فلا يفيد مثل ذلك الإجماع القطع لعدم القطع فى طريق نقله إلينا كما تقرر هذا أيضا فى علم الأصول ، فيجوز أن يكون الإجماع المنقول فى حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد فى خلافه (قوله لأنه مال متقوّم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقوّمها بخلاف الخمر) أقول : فيه نظر . أما أوّلا فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوّم المال إباحة الانتفاع به شرعا ، وسيجىء التصريح عن قريب بأن هذه الأشربة مما لاينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصوّر التقوم فيها . وأما ثانيا فلأن الدلالة القطعية إنما تعتبر فى حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ؛ ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرّر فى علم الأصول . وما نحن فيه من العمليات ، فينبغى أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن ، كيف لا وقد اكتفى به فى الحكم بحرمة هذه الأشربة إذ هى أيضا اجتهادية لاقطعية كما صرح به آنفا (قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة) أقول : فى التعليل بحث ، إذ لايلزم من حرمة تناول الشىء عدم الانتفاع به ؛ ألا يرى أن السرقين نجس العين محرّم التناول قطعا مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى فى الأراضى لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر فى فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ماصرحوا به ، وقد مرّ هنا غير مرّة نظير هذا الكلام فى هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول : لايذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله ولاينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها من شعب جواز بيع هذه الأشربة . وقوله ولا ينتفع بها إلى آخره مسئلة مستقلة دخلت

(وقوله غير أن عنده) يعنى عند أبى حنيفة رحمه الله (يجب قيمتها لا مثلها) كما إذا أتلف المسلم خمر الذمى على ماعرف أن المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام ، وأورد رواية الجامع الصغير وهى قوله ما سوى ذلك من الأشربة : أى ماسوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور فى الجامع الصغير لايوجد فى غيره .

هو خمر التمر انتهى . فالتمر بمعنى الرطب فيه أيضا (قال المصنف : ويجوز بيعها ويضمن متلفها الخ) أقول : المراد بالجواز ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لاما يقابل الحرمة (قال المصنف : وما شهدت له دلالة قطعية) أقول : فيه بحث ، لأن الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف : غير أن عنده يجب قيمتها لامثلها) أقول : لايقال : ينبغى أن يجب المثل بدليل جواز البيع . لأنا نقول : البيع يجوز مع الكراهة ، فلو أوجبنا المثل لكان مأمورا بإتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام ، وهذا لايجوز ، ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضا تأمل . قال العلامة الكاكى : إن المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام فلا يكون مأمورا بإعطاء المثل ، حتى لو أعطى يخرج عن العهدة ، إلا أنه مكروه انتهى . وفيه بحث ، إلا أن يؤول يجب بمعنى ينبغى (قوله إن المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام) أقول : فينبغى أن لايجوز بيعها ، لكن المراد بالجواز فى قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة ، بل ترتب الثمرات المطلوبة كما فى البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول : تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ .

(وقال فيه أيضا : وكان أبو يوسف يقول : ماكان من الأشربة يبقى بعد مايبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإنى أكرهه ، ثم رجع إلى قول أبى حنيفة) وقوله الأول مثل قول محمد إن كل مسكر حرام ، إلا أنه تفرد بهذا الشرط . ومعنى قوله : يبلغ : يغلى ويشتد . ومعنى قوله ولا يفسد : لايحمض . ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته . ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضى الله عنهما . وأبوحنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على مانذكره إن شاء الله تعالى . وأبو يوسف رجع إلى قول أبى حنيفة فلم يحرم كل مسكر . ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال فى المختصر : ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه مايغلب على ظنه أنه لايسكره من غير لهو ولا طرب ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وعند محمد والشافعى حرام ، والكلام فيه كالكلام فى المثلث العنبى . ونذكره إن شاء الله تعالى . قال (ولا بأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال : سقانى ابن عمر رضى الله عنه شربة ماكدت أهتدى إلى منزلى فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال : مازدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النىء منه ، وما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب . والزبيب والرطب . والرطب والبسر » محمول على حالة الشدة . وكان ذلك فى الابتداء . قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين ، وأشار إلى الكرمة والنخلة » خص التحريم بهما . والمراد بيان الحكم . ثم قيل يشترط الطبخ فيه لإباحته ، وقيل لايشترط وهو المذكور

فى البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد أنه قال : سقانى ابن عمر شربة ماكدت أهتدى إلى أهلى . فغدوت إليه من الغد وأخبرته بذلك فقال : مازدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة . فلا يظن به أنه كان يسقى غيره ما لايشربه أو يشرب ماكان حراما . كذا فى الكافى والشروح . أقول : هاهنا كلام من وجهين : أحدهما أن تقليد الصحابى فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه . ولم تكن الحادثة مما لايدرك بالقياس لايجب على القول المختار كما عرف فى علم الأصول . والظاهر أن مانحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله فى الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين . وثانيهما أن قول ابن زياد ماكدت أهتدى إلى أهلى يشعر بإسكار الشربة التى سقاه ابن عمر إياها . والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل . ويمكن أن يجاب عن الثانى بوجهين . أحدهما ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وإنما قال ماكدت أهتدى إلى أهلى على سبيل المبالغة فى بيان التأثير فيه لاحقيقة السكر فإن ذلك لايحل انتهى . وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقى ابن عمر ابن زياد تلك الشربة . فإنها لو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه إياها . وأما تأثيرها فى الشارب بعد أن شربها بحيث يصل إلى مرتبة الإسكار فليس له حد مقدر . إذ هو مختلف باختلاف الطباع والأوقات . وللشارب أن يحترز عنه مهما أمكن . فإن وصل إلى تلك المرتبة فى الرواية المذكورة فإنما هو فى الغفلة . والعهدة فى ذلك على الشارب لا الساقى تأمل تفهم (قوله وقيل لايشترط وهو المذكور

وقوله (وقال فيه) يعنى فى الجامع الصغير . قال (ولا بأس بالخليطين) الخليطان ماء التمر والزبيب إذا خلطا فطبخا بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلى ويشتد . والعجوة : التمر الذى يغيب فيه الضرس لجودته . وقوله (محمول على الشدة وكان ذلك فى الابتداء) يعنى أن النهى عن الجمع بين التمر والزبيب كان فى الابتداء فى وقت كان بين المسلمين ضيق وشدة فى أمر الطعام لئلا

فى الكتاب لأن قليله لايدعو إلى كثيره كيفما كان . وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه ؟ قيل لايحدّ ، وقد ذكرنا الوجه من قبل . قالوا : والأصح أنه يحدّ . فإنه روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل . وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة ، بل فوق ذلك ، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتدّ فهو على هذا . وقيل إن المتخذ من لبن الرماك لايحل عند أبى حنيفة اعتبارا بلحمه إذ هو متولد منه . قالوا : والأصح أنه يحل لأن كراهة لحمه لما فى إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى إلى لبنه . قال (وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه حلال

فى الكتاب لأن قليله لايدعو إلى كثيره كيفما كان) أقول : هذا التعليل منظور فيه . لأن مجرد أن لايدعو قليله إلى كثيره لايقتضى أن لايشترط الطبخ فيه لإباحته ، ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لإباحته بلا اختلاف ، مع أن قليل ذلك أيضا لايدعو إلى كثيره كيفما كان ، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرّح به فيما مر . والأظهر فى التعليل هاهنا ماذكر فى غاية البيان حيث قال فيها : وفى رواية لايشترط . لأن حال هذه الأشربة دون نقيع التمر والزبيب ، فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعا . فإن أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » وقد شرط أدنى طبخة فى نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لايشترط أدنى طبخة فى هذه الأشربة ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحدّ فى المتخذ من الحبوب إذا سكر منه ؟ قيل : لايحدّ) أقول : قد مرت هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال : وهو نص على أن مايتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبى حنيفة . ولا يحدّ شاربه عنده وإن سكر فالتعرض لها مرة أخرى يشبه التكرار . فلعلّ المقصود بالذات هاهنا ذكر قوله قالوا والأصح أنه يحدّ . وما قبله توطئة له . نعم يتجه أن يقال : لو ذكر أيضا هناك قوله قالوا والأصح أنه يحدّ لاستغنى عن الإعادة هاهنا بالكلية (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية : هو إشارة إلى قوله لأن قليله لايدعو إلى كثيره . وقال : ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » يعنى أن هذه الأشربة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر فلا جرم لايحدّ السكران منها انتهى . وقال صاحب الكفاية : قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الإشارة إلى ماذكر أن السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك اهـ . واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أوّلا ، ونقل ماذكره ثانيا بقيل . ثم نقل ماذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الأول أن عدم دعاء القليل إلى الكثير جار فيما سوى الخمر من الأشربة المحرمة ، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال : ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع أنه إذا سكر مما سوى الخمر من الأشربة المحرّمة يحدّ بلا خلاف . فعلم أنه لاتأثير لعدم دعاء القليل إلى الكثير فى سقوط الحدّ عن السكران . ويرد على الوجه الثانى أنه لو كان مراد المصنف مايستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » لقال لما روينا كما هو عادته المستمرة فى الحوالة على مامرّ من السنة . ثم إن فى كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن أن يكون مذكورا هناك . فأنى يتيسر الإشارة إليه هاهنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل . فالأوجه هو الوجه الثالث وإن أخره صاحب العناية فى الذكر كما لايخفى على من تأمل فى سياق كلام المصنف . وراجع كلمات السلف كشيخ الإسلام وغيره فى هذه المسئلة (قوله قالوا : والأصح أنه يحدّ . فإنه روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل) أقول : تحرير المصنف هاهنا لايخلو عن ركاكة . إذ الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد فى المتخذ من الحبوب إذا

يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره ، ثم لما وسع الله على عباده النعم أباح الجمع بين النعمتين . وقوله (قيل لايحدّ) هو قول الفقيه أبى جعفر رحمه الله . وقوله (وقد ذكرنا الوجه من قبل) إشارة إلى قوله لأن قليله لايدعو إلى كثيره . قيل ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » يعنى

وإن اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد ومالك والشافعي : حرام . وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوّى ، أما إذا قصد به التلهي لايحل بالاتفاق . وعن محمد مثل قولهما ، وعنه أنه كره ذلك ، وعنه أنه توقف فيه . لهم في إثبات الحرمة قوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر » وقوله عليه الصلاة والسلام « ما أسكر كثيره فقليله حرام » ويروى عنه عليه الصلاة والسلام « ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام » ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها »

سكر أنه هل يحدّ في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف . لأن المذكور فيما قبل إنما هو قولهما . والمصنف الآن بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا أن يكون مدار قوله قيل لايحدّ وقوله قالوا والأصح أنه يحدّ على قولهما ، فلا يناسب في تعليل قوله والأصح أنه يحدّ أن يقال : فإنه روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل . فإن محمدا يخالفهما في أصل هذه المسئلة حيث لايقول بحل المتخذ من الحبوب إذا اشتدّ وغلى . فيجوز أن يقول بوجوب الحد إذا سكر منه . وأما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم آنفا فلا يكون المروى عن محمد حجة في حقهما . وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل ، واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال : وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الإسلام الإسبيجابي الأصح أنه يحدّ لأن الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الأشربة انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك) أقول : فيه ضرب إشكال ، وهو أنه قد مرّ في أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله ، وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك ، والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته ، فينافي ماتقرر في أوائل الكراهية . فإن قلت : نعم إن كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لابحرمة قطعية فإنه إذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هناك . فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في إحداهما وظنيتها في الأخرى فلا تنافي بين المقامين . قلت : لامجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عنده كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله ، لأن قطعية حرمة الشيء تستلزم أن يكفر مستحلها ، وهذا لايتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الأشربة الثلاثة المحرّمة عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لايكفر مستحلها ، ويكفر مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب ، مع أن اجتهاد الإباحة فيها إنما وقع من نحو الأوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر ، فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي إنما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية ، فكيف يتصوّر المغايرة بينها وبين الكراهة على أصل محمد . ويمكن أن يقال : معنى قولهم إن كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهة التحريم حرام عند محمد ، لكن لابدليل قطعي بل بدليل ظني ، خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف فإن المكروه كراهة التحريم ليس بحرام أصلا عندهما بل إلى الحرام أقرب . وأما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا إلى الحرام أقرب عند أحد ، وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الأصول ، فيجوز أن يكون المراد بالكراهة في قول المصنف هاهنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهة التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله ولهما قوله صلى الله عليه وسلم « حرّمت الخمر لعينها »

أن هذه الأنبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر . وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك . وباقي كلامه واضح . وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قولهما) أي مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مذكور في النوادر

(قوله وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك) أقول : وعندي الثالث أقرب والأول أبعد ، أما لفظا فلمكان قوله من قبل : وأما معنى فإن عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل إلى الكثير

ويروى « بعينها قليلها وكثيرها . والسكر من كل شراب » خص السكر بالتحريم فى غير الخمر إذ العطف للمغايرة ، ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا .

ويروى « بعينها قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب » قال فى النهاية : ولهما أيضا قوله تعالى - إنما الخمر والميسر - الآية . بين الله تعالى الحكمة فى تحريم الخمر فى هذه الآية وهى الصد عن ذكر الله تعالى وإيراث العداوة والبغضاء ، وهذه المعانى لاتحصل بشرب القليل ، ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لايحرم القليل من الخمر أيضا ، ولكن تركنا قضية ظاهر الآية فى قليل الخمر بالإجماع ، ولا إجماع فيما عداه فبقى على ظاهر الآية انتهى . أقول : ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الأشربة المحرّمة الثلاثة ، فإن قليلها أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعى وأكثر العلماء . مع أن المعانى المذكورة فى الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لايخفى (قوله خص السكر بالتحريم فى غير الخمر إذ العطف للمغايرة) أقول : الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم فى غير الخمر قصر التحريم على السكر فى غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما فى قولهم خصصت فلانا بالذكر على ماتقرّر فى موضعه ، إذ هو المفيد لمدعاهما هاهنا دون العكس كما لايخفى على ذى مسكة . لكن فيه بحث ، وهو أن الاستدلال على مدعاهما فى هذا الوجه كما يقتضى حل المثلث يقتضى أيضا حل الأشربة المحرّمة الثلاثة غير الخمر ، وهذا ظاهر لزوما وبطلانا ، على أن استفادة قصر التحريم على السكر فى غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل ، واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتأمل (قوله ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فإن قيل : القدح الأخير إنما يصير مسكرا بما تقدمه لابانفراده فينبغى أن يحرم ماتقدم أيضا . قلنا : لما وجد السكر بشرب القدح الأخير أضيف الحكم إليه لكونه علة معنى وحكما ، كذا ذكره جمهور الشراح . واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال : فيه نظر ، لأن الإضافة إلى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة اه أقول : إن أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح ، إذ لايخفى أن شيئا مما قبل الجزء الأخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولاحكما ، إذ العلة اسما مايضاف إليه الحكم ، والعلة معنى مايؤثر فى الحكم ، والعلة حكما مايتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله فى علم الأصول ، ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الأخير ليس بصفة من هذه المعانى ، وإن أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لايقدح فى مطلوبنا هنا ، إذ لاننكر حرمة مجموع الأقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر ، وإنما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده . نعم بقى الكلام فى أن إضافة الحكم إلى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم إلى الجزء الأخير وحده ؟ والظاهر فى بادئ الرأى هو الأول لأن الجزء الأخير وحده علة ومعنى وحكما لا اسما على ماهو المشهور فى كتب الأصول ، والحكم إنما يضاف إلى العلة اسما ، لكن الفاضل التفتازانى قال فى التلويح فى مباحث العلة من باب الحكم : ذهب المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة العدم فى حق ثبوت الحكم ، ويصير الحكم مضافا إلى الجزء الأخير كالمن الأخير فى أثقال السفينة والقدح الأخير فى السكر انتهى . وحينئذ يصير الجزء الأخير علة اسما أيضا : أى كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر إضافة الحكم إليه

ولنا : أى لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد ، وفى بعض النسخ ولهما : أى لأبى حنيفة وأبى يوسف . وقوله (ولأن المفسد) للعقل (هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) لاماقبله . فإن قيل القدح الأخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغى أن يحرم ما تقدم أيضا . أجيب بأن الحكم يضاف إلى العلة معنى وحكما ، وفيه نظر لأن الإضافة إلى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة . والأولى أن يقال الحرام هو المسكر ، وإطلاقه على ماتقدم مجاز وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا

(قوله والأولى أن يقال : الحرام هو المسكر ، وإطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول : إطلاقه على ما تقدم على القدح الأخير مجاز بلا شبهة ، وأما إطلاقه على المجموع من القدح الأخير وما تقدمه فليس بمجاز والكلام فيه (قوله وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول : ويقرب بما ذكره الشارح ما قاله الإمام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير . لايقال : القدح الأخير مسكر بما تقدمه ، لأن

وإنما يحرم القليل منه لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه . والمثلث لغلظه لايدعو وهو فى نفسه غذاء فبقى على الإباحة : والحديث الأول غير ثابت على مابيناه . ثم هو محمول على القدح الأخير إذ هو

وحده بلا غبار . ثم قال صاحب العناية : والأولى أن يقال : الحرام هو المسكر وإطلاقه على ماتقدمه مجاز وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى . أقول : ليس هذا بشيء فضلا عن أن يكون أولى . إذ ليس الكلام هاهنا فى إطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم إطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل إنما الكلام هنا فى أن المفسد للعقل هو القدح المسكر : أى المزيل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الأقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لاغير . وبالجملة مدار الاستدلال هاهنا على المعنى وهو إزالة العقل دون اللفظ . فلما ورد السؤال بأن القدح الأخير لايزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الأقداح مدخل أيضا فى إزالة العقل فينبغى أن يحرم أيضا لم يفد أن يقال إن لفظ المسكر إنما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الأخير حقيقة شيئا فى دفع ذلك السؤال أصلا . وإنما يتمشى ذلك فى الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر » ومحله قول المصنف . ثم هو محمول على القدح الأخير إذ هو المسكر حقيقة . وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال : إطلاقه على ماتقدم على القدح الأخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة . وأما إطلاقه على المجموع من القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى . أقول : وهذا أيضا ليس بشيء . لأن إطلاقه على ماتقدم على القدح الأخير إذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون إطلاقه على المجموع حقيقة . فإن المجموع مشتمل على ماتقدم على القدح الأخير أيضا : ولا شك أن إطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لايكون حقيقة . لأن الحقيقة هى الكلمة المستعملة فيما وضعت له . والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعا . ولو سلم أن يكون إطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا . إذ لايلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الأخير أيضا مسكرا حتى يلزم كون ماتقدم على القدح الأخير حراما أيضا تأمل تقف (قوله وإنما يحرم القليل من الخمر لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه) أقول : فيه كلام . وهو أن هذا التقرير يقتضى كون حرمة الخمر معللة : وقد صرح فيما مر بأن الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشيء . لأن تعليله خلاف السنة المشهورة وهى قوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها . والسكر من كل شراب » فكان الذى ينبغى هاهنا أن يقال : وإنما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها » الحديث . اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف هاهنا على التنزل وإلزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ، ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر (قوله والحديث الأول غير ثابت على مابيناه) قال بعض الفضلاء : وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين اللذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى . أقول : توجيهه ليس بشيء لأن دلالة الحديثين الأخيرين اللذين رواهما الخصم

وقوله (وإنما يحرم القليل منه) أى من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه . وهو أن يقال : لما كان المفسد هو الأخير دون ماتقدم وجب أن يكون فى الخمر كذلك . ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره . وهذا واضح . ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك . ولكن تركناه لأن الخمر لرقتها ولطافتها تدعو إلى الكثير فأعطى القليل حكم الكثير . والمثلث ليس كذلك لغلظه . وعلى الثانى بطريق الفرق وهو واضح . وقوله (والحديث الأول)

المسكر ما يتصل به السكر ، وهو كالمتخم من الطعام ، فإن المحرم هو المتخم انتهى . قال التفتازانى فى التلويح : ذهب المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة العدم فى حق ثبوت الحكم ، ويصير الحكم مضافا إلى الجزء الأخير ، كالمن الأخير فى أثقال السفينة والقدح الأخير فى السكر انتهى (قال المصنف : والحديث الأول غير ثابت على مابيناه) أقول : وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين ولم يفعل

المسكر حقيقة . والذى يصبّ عليه الماء بعد ماذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرقّ ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث ، لأن صب الماء لايزيده إلا ضعفا ، بخلاف ما إذا صبّ الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل ، لأن الماء يذهب أولا للطافته ، أوّ يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب . ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبى حنيفة . وفى رواية عنه لايحلّ ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ ، وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر . ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لايحلّ حتى يذهب ثلثاه .

على حرمة قليل ما أسكر كثيره إنما هى بطريق العبارة ، ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبى حنيفة وأبى يوسف على حل قليل ذلك إنما هى بطريق الإشارة أو الاقتضاء . وقد تقرر فى علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص واقتضائه عند التعارض ، فإن أراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهى المعارضة بدون الرجحان فى أحد الجانبين فليس بصحيح ، وإن أراد بها المعارضة مع الرجحان فى جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لايخفى (قوله لأن الماء يذهب أولا للطافته أويذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب) قال الشراح : أى على القطع والبتات . وقال بعض الفضلاء : قوله أى على القطع والبتات فيه بحث . لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى . أقول : مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح ، فإن مرادهم بقولهم : أى على القطع والبتات تقييد المنفى فى قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب لاتقييد النفى . فالمعنى أن ذهاب ثلثى ماء العنب على القطع والبتات لايكون . لأن ذهاب ثلثى ماء العنب لايكون على القطع والبتات . وحاصله أن ذهابهما القطعى لم يثبت لأن عدم ذهابهما قطعى . فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منهما بأن يذهب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطا بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور . والفرق بين تعلق القيد بالنفى وبين تعلقه بالمنفى فى أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه فى مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفى على ذلك القائل (قوله ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لايحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان : ولنا فى قوله أو بين التمر والزبيب نظر ، لأن ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما

يعنى قوله « كل مسكر خمر » ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الأخير . وقوله (والذى يصبّ عليه الماء بعد ماذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه ، فإن منهم من سماه يوسفيا ويعقوبيا لأن أبا يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ، ومنهم من سماه بختجا وحميديا ، قال : لأنه منسوب إلى رجل اسمه حميد . وهل يشترط لإباحته عندهما بعد ما صبّ الماء فيه أدنى طبخة ؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ، واختاره المصنف رحمه الله . وقوله (أو يذهب منهما) يعنى تارة يذهب الماء أوّلا للطافته ، وتارة يذهب العصير والماء معا ، فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث ، لأنهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء ، لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء أوّلا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا ، لأنه إذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثى العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق . وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب) أى على القطع والبتات . وقوله (يكتفى بأدنى طبخة فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله) هى رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا ، فقد روى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف قال : سمعت

كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب : أى على القطع والبتات) أقول : فيه بحث ، فإن الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف : و او طبخ العنب كما هو) أقول : أى كائن كالذى هو عنب ، فالخبر محذوف وينبغى أن تكون الكاف زائدة (قال المصنف : فصار كما بعد العصر) أقول : أى فصار حكم العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب .

لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لابد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا ، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا . ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ، إن كان ما أنقع فيه شيئا يسيرا لايتخذ النبيذ من مثله لا بأس به ، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صبّ فى المطبوخ قدح من النقيع . والمعنى تغليب جهة الحرمة ، ولا حدّ فى شربه لأن التحريم للاحتياط وهو للحدّ فى درئه . ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحلّ لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ . قال (ولا بأس بالانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية « فاشربوا فى كل ظرف ، فإن الظرف لايحلّ شيئا ولا يحرّمه . ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما أخبر عن النهى عنه فكان ناسخا له ، وإنما ينتبذ فيه بعد تطهيره ، فإن كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر ، وإن كان جديدا لايطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق . وعند أبى يوسف يغسل ثلاثا ويجفف فى كل مرّة وهى مسئلة مالا ينعصر بالعصر . وقيل عن أبى يوسف : يملأ ماء مرة بعد أخرى ، حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته . قال (وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت

بأدنى طبخة ، وقد صرح بذلك القدورى قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد انتهى . أقول : وقول القدورى بعده : ولا بأس بالخليطين أظهر فى ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد ، إذ لقائل أن يقول : يجوز أن يكون فى الاجتماع مالا يكون فى الانفراد ، فلا يستلزم الحل فى الثانى الحلّ فى الأول . وقد تشبث صاحب الغاية فى ترويج نظره بقول القدورى الأول ولم يتعرض لقوله الثانى ، وكأن صاحب الكافى فهم ركاكة فيما ذكره المصنف هاهنا حيث غير عبارته فى الصورة الثانية فقال : ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لايحل مالم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى . ويحتمل أن يقع لفظ التمر فى قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المصنف أو من الناسخ الأول ، إلا أنه يبقى نوع قصور فى التعليل الذى ذكره هاهنا عن إفادة المدعى فى الصورة الثانية على كل حال ، إذ لم يتعرض بالزبيب فى التعليل قط . ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع فى نسخ الهداية هاهنا حيث قال : فإن قلت : هذا المعنى لايتأتى فى التمر والزبيب على ما قال

أبا حنيفة يقول : إنها لاتحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ ، وهذا أصح لما ذكره فى الكتاب . (قال ولا بأس بالانتباذ فى الدباء الخ) جوّز أكثر أهل العلم الانتباذ فى الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحدة حنتمة ، والمزفت وهو الظرف المطلى بالزفت وهو القير ، والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم « نهيتكم عن ثلاث : عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد فى زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا ، وعن لحم الأضاحى أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزوّدوا فإنما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم ، وعن النبيذ فى الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا فى كل ظرف ، فإن الظرف لايحل شيئا ولا يحرمه » ولكن إنما ينبذ فيه إن كان فيه خمر بعد التطهير على ماذكر فى الكتاب . قال شيخ الإسلام رحمه الله فى مبسوطه : إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص ، لأن الأنبذة تشتدّ فى هذه الظروف أكثر مما تشتد فى غيرها : يعنى فصاحبها على خطر من الوقوع فى شرب المحرم . وقوله (وإذا تخللت الخمر) يعنى أن خلّ الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت . وقال الشافعى رحمه الله : إن كان التخلل بإلقاء شىء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا ،

والأوجه أن يقال : فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده فى أنه لايحل مالم يذهب ثلثاه (قال المصنف : لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة الخ) أقول : هذا التعليل لايفى بتمام ما ادعاه لظهور أنه لايدل على المدعى الثانى ، ولعل الصحيح : أو بين العنب والزبيب مكان : بين التمر والزبيب فهى أول الناسخين وتبع الآخر للأولين .

خلا بنفسها أو بشيء يطرح فيها ، ولايكره تخليلها) وقال الشافعي : يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه قولا واحدا ، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه فله فى الخل الحاصل به قولان . له أن فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التموّل . والأمر بالاجتناب ينافيه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « نعم الإدام الخل » من غير فصل ، وقوله عليه الصلاة والسلام « خير خلكم خل خمركم » ولأن بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة . والتغذى به والإصلاح مباح . وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لإعدام الفساد فأشبه الإراقة . والتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالا فى الثانى فيختاره من ابتلى به . وإذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الإناء . فأما أعلاه وهو الذى نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا . وقيل لايطهر لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر . وكذا إذا صبّ فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا . قال (ويكره شرب دردىّ الخمر والامتشاط به) لأن فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام . ولهذا لايجوز أن يداوى به جرحا أو دبرة دابة ولاأن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيا للتداوى والوبال على من سقاه . وكذا لايسقيها الدوابّ . وقيل لا تحمل الخمر إليها ، أما إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما فى الكلب والميتة . ولو ألقى

فى المختصر إنه يكتفى فيهما بأدنى طبخة . قلت : إن هذا على م[illegible] هشام فى النوادر عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لايحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى . واقتفى أثره العينى . قلت : ويؤيده ما ذكره فى الفصل الثانى من كتاب الأشربة من المحيط البرهانى حيث قال فيه : وإذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحلّ شربه مادام حلوا ، وأما إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى ظاهر الرواية يحلّ الشرب ، وعلى قول محمد والشافعى رحمهما الله لايحلّ . وروى هشام فى نوادره عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه مالم يذهب الثلثان بالطبخ لايحل انتهى ، والله الموفق .

وإن كان بالنقل من الظل إلى الشمس وعكسه فله قولان . وقال فى الفرق : ما ألقى فى الخمر يتنجس بملاقاته الخمر ، والمتنجس لايفيد الطهارة لغيره ، وليس فيما إذا تخللت بنفسها شيء من ذلك . ودليله على أحد الوجهين ماذكره فى الكتاب . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « نعم الإدام الخل » هو يتناول المخلل والمتخلل لا محالة ، ولأن التخليل إصلاح المفسد بإثبات صفة الصلاح من حيث التغذى به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك ، وإصلاح المفسد إن لم يكن واجبا فلا أقل من الإباحة والمنازع مكابر . وقوله (وكذا الصالح للمصالح) يجوز أن يكون معناه المخلل صالح للمصالح ، والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ . وقوله (والاقتراب لإعدام الفساد) جواب عن قوله إن فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التموّل . ووجهه لانسلم أنه على وجه التموّل بل المنظور إليه إعدام الفساد وذلك بالإراقة جائز فبالتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالا فى المآل ، وهذا ظاهر وما بعده إلا المكابرة . فإن قيل : فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم « لا ولكن أرقها » حين سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده ، وبما روى « أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا » أجيب عن الأول بأن ذلك فى ابتداء التحريم قمعا لهم أن يحوموا حول الخمور كما حرّم الانتباذ فى الأوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بأن الظرف لايحرمه . ويوضحه « أنه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق » وعن الثانى أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما فى النهى عن اتخاذ الدوابّ كراسى ، فإن المراد به الاستعمال ، ولما نزل قوله تعالى « ـ اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله ـ قال عدىّ بن حاتم : ماعبدناهم قط ، فقال عليه الصلاة والسلام : أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم ؟ قال نعم ، فقال : هو ذاك » فسر الاتخاذ بالاستعمال . دردى الخمر وغيرها : مايبقى فى أسفله ، ومعناه يحرم شرب دردىّ الخمر والانتفاع به ،

الدردىّ فى الخل لا بأس به لأنه يصير خلا لكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه لما قلنا . قال (ولا يحدّ شاربه) أى شارب الدردىّ (إن لم يسكر) . وقال الشافعى : يحدّ لأنه شرب جزءا من الخمر . ولنا أن قليله لايدعو إلى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الأشربة ولا حدّ فيها إلا بالسكر ، ولأن الغالب عليه الثفل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها فى الإحليل) لأنه انتفاع بالمحرّم . ولا يجب الحدّ لعدم الشرب وهو السبب . ولو جعل الخمر فى مرقة لاتؤكل لتنجسها بها . ولا حدّ مالم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ . ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه .

(فصل فى طبخ العصير)

والأصل أن ماذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثى ما بقى ليحلّ الثلث الباقى . بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقى حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل . لأن الذى يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه . وأيا ماكان جعل كأنّ العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة . وأصل آخر أن العصير إذا صبّ عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه . إن كان الماء أسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقى بعد ما ذهب مقدار ماصبّ فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لأن الذاهب الأول هو الماء والثانى العصير . فلا بد من ذهاب ثلثى العصير . وإن كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقى ماء وعصير فصار كما إذا صبّ الماء فيه بعد ماذهب من العصير بالغلى ثلثاه . بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء . فى الوجه الأول

(فصل فى طبخ العصير)

قال جماعة من الشراح : لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليما لإبقاء ماهو حلال على حله . وقال بعضهم : لما ذكر فيما تقدم أن العصير لايحل مالم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه (قوله لأن الذى يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه . وأيا ماكان جعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول : فيه شىء وهو

وإنما خص الامتشاط لأن له تأثيرا فى تحسين الشعر . وقوله لما قلنا إشارة إلى التعليل المستفاد من قوله كما فى الكلب والميتة (ولا يحدّ شارب الدردىّ إن لم يسكر) خلافا للشافعى قال : لأنه شرب جزءا من الخمر فيجب الحدّ ولنا الخ واضح .

(فصل فى طبخ العصير)

لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليما لإبقاء ماهو حلال على حله . الدورق : مكيال للشراب وهو عجمى . قوله (وإن كان يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال فى النهاية : كأن محمدا علم أن العصير على نوعين : منه مالو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أوّلا ، ومنه إذا صب فيه الماء يذهبان معا ، ففصل الجواب فيه تفصيلا . وحاصله أن الماء متى ماكان أسرع ذهابا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير ، وإن كانا يذهبان معا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل . وقوله (فى الوجه الأول) يعنى مايذهب فيه الماء أولا . وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة . قال شيخ الإسلام : طريق معرفته أن

(فصل فى طبخ العصير)

يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصير : وفى الوجه الثانى حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا ، والغلى بدفعة أو دفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرما . ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار . وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهزيق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه فى الباقى بعد المنصب ثم تقسمه على مابقى بعد ذهاب ماذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال . بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقى بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ماذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة ، فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان . فعرفت أن الحلال فيما بقى منه رطلان وتسعان ، وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر .

أن وجه جعل العصير تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر ، إذ لايكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقى منها فى كونها عصيرا ، فإذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا فى حكم العدم بلا أمر يوجبه فلم لايجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا فى حكم العدم عند ذهابه بالطبخ . والأظهر فى تعليل هذا الأصل أن يقال : لأن الذى يذهب زبدا جعل كأن لم يكن . لأن الزبد ليس بعصير فصار كما لو صبّ فيه دورق من ماء ، ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا . ويفصح عن ذلك ماذكره ... الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال : قال محمد : فى الأصل عشرة دوارق عصير تصبّ فى قدر فتطبخ فتغلى وتعمد بالزبد . فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ، ثم يطبخ الباقى حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقى بعد الدورق الذى أخذ منه ، وذلك لأن ما أخذ من الدورق زبد فجعل كأنه لم يكن . لأن الزبد ليس بعصير . وإذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لوكان صبّ فيه دورق من ماء . ولو

يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم . لأنك تحتاج إلى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك إلى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة أسهم . فإذا ذهب الماء أوّلا فقد ذهب ستة من تسعة ، وما ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه مابقى العصير لاغير وهو ثلاثة أسهم يطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقى واحد وهو تسع الكل . وقوله (وفى الوجه الثانى) يعنى الذى يذهب الماء والعصير معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لأنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقى ثلث العصير وثلث الماء . فهى وما لو صبّ الماء فى العصير بعد ما صار مثلثا سواء . وقوله (يحل) لأنه أثر النار . مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقى خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك . لأنه صار مثلثا بقوة النار . فإن الذى بقى من الحرارة بعد ماقطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء . هذا بخلاف ما إذا برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء . فإنه لايحل لأن الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لايكون إلا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما . وقوله (بيانه عشرة أرطال عصير ، إلى قوله : فعرفت أن الحلال ما بقى منه رطلان وتسعان) وهذا لأن الرطل الذاهب بالطبخ فى المعنى داخل فيما بقى ، وكان الباقى إن لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك فى معنى رطل وتسع رطل . لأن الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقى أتساعا . فإذا انصبّ منه ثلاثة أرطال فهذا فى المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقى منه ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل . وقوله (ولها طريق آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام . لأنه إنما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال . فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال ،

(قوله وما ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه ما بقى العصير لاغير) أقول : قوله لأنه : أى لأن الشأن ، ولفظة « ما » فى قوله ما بقى موصولة والله أعلم .

وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل ،

(كتاب الصيد)

قال : الصيد الاصطياد ، ويطلق على مايصاد ، والفعل مباح لغير المحرم فى غير الحرم

كان كذلك لايعتبر الماء وإنما يعتبر العصير وهى تسعة دوارق ، فكذلك هذا ، إلى هنا لفظه (قوله وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل) قلت : فيه إيهام لطيف لكتابيه المسمى أحدهما بكفاية المنتهى والآخر بالهداية .

(كتاب الصيد)

قال صاحب غاية البيان : مناسبة كتاب الصيد بكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد من المباحات التى تورث السرور والنشاط فى الآدمى ، إلا أن السرور فى الأشربة المباحة أكثر لأنه بأمر يدخل فى الباطن والسرور فى الصيد بأمر خارجى فكان الأول أقوى ، وصار بالتقديم أولى انتهى . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن وضع كتاب الأشربة لبيان الأشربة المحرّمة دون الأشربة المباحة ، وإلا لذكر فيه كل أشربة مباحة على التفصيل ، مع أنه لم يذكر فيه من الأشربة المباحة إلا نبذ قليل له مناسبة مع بعض الأشربة المحرّمة فى وجه مّا حتى وقع لأجله الخلاف من بعض العلماء فى حله على أنهم صرّحوا فى أول كتاب الأشربة بأن الأشربة جمع شراب . والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات ، فما معنى قوله إن كل واحد من الأشربة والصيد من المباحات التى تورث السرور . وأما ثانيا فلأن ما ذكره هاهنا لا يناسب ماذكره فى أول كتاب الأشربة ، فإنه قال هناك : ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما فى الاشتقاق ، ولكن قدم الشرب لأنه حلال والأشربة فيها الحرام كالخمر انتهى . فقد جعل هناك وجه تأخير الأشربة عن الشرب حرمتها ، وجعل هاهنا وجه مناسبتها بالصيد إباحتها مع إيراث السرور ، فبين كلاميه فى المقامين تنافر لا يخفى . فالوجه الظاهر فى مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربةوفى تقديم الأشربة على الصيد ماذكر فى الشروح الأخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطياد يطلق على مايصاد)

وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل ، والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام . والباقى تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل ، والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل . فإذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لأنه لاتعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء . فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل . ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعا لاحتياجك إلى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسعا رطل .

(كتاب الصيد)

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد مما يورث السرور . إلا أنه قدم الأشربة

(كتاب الصيد)

مر فى فصل جناية الصيد من كتاب الحج تعريفان للصيد (قوله من حيث أن كل واحد من الأشربة) أقول : ومن حيث أن الصيد من الأطعمة ، ومناسبتها للأشربة غير خفية . ثم كما أن منه حلالا وحراما كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام (قوله إلا أنه قدم الأشربة)

لقوله تعالى ـ وإذا حللتم فاصطادوا .

يعنى أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد ، كالاحتطاب وهو أخذ الحطب ، ثم يراد به مايصاد مجازا إطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمى بأصل الخلقة مأكولا كان أو غير مأكول ، كذا فى غاية البيان . وقال فى الخلاصة : وإنما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا . خمسة فى الصياد : وهو أن يكون من أهل الذكاة ، وأن يوجد منه الإرسال ، وأن لايشاركه فى الإرسال من لايحل صيده ، وأن لايترك التسمية عامدا ، وأن لايشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل . وخمسة فى الكلب : منها أن يكون معلما ، وأن يذهب على سنن الإرسال ، وأن لايشاركه فى الأخذ مالا يحل صيده ، وأن يقتله جرحا ، وأن لايأكل منه . وخمسة فى الصيد : منها أن لايكون متقويا بأنيابه أو مخلبه ، وأن لايكون من الحشرات ، وأن لايكون من بنات الماء سوى السمك ، وأن يمنع نفسه بجناحيه أوقوائمه ، وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه انتهى . وذكرت هذه الشروط فى النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن الخلاصة . وذكرها صاحب العناية أيضا ، وقال : كذا فى النهاية منسوبا إلى الخلاصة. وقدح بعض الفضلاء فى واحد من هاتيك الشروط حيث قال : قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا انتهى . أقول : لا استدراك فيه ، لأن الشرط الذى أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا ، فإنه لايحل أكله حينئذ كما ستقف عليه ، وكذا الشرط الذى أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل إلى ذبحه ، إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضا . ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحا لايغنى عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه فحينئذ لايحل أكله ، فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال . وطعن صاحب العناية فى جملة مانقل عن الخلاصة حيث قال : فيه تسامح ، لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لاغير ، على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه ، وكذا إذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد وهو حلال انتهى . أقول : يمكن أن يعتذر عما ذكره فى علاوته بأن الكلام فى شرائط

لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب . وسببه يختلف باختلاف حال الصائد ، فقد يكون الحاجة إليه ، وقد يكون إظهار الجلادة ، وقد يكون الفرح . والصيد مصدر وقد يراد به المفعول ، وهو حلال وحرام ، لأن الصائد إما أن يكون محرما أولا ، فإن كان فهو حرام ، وإن لم يكن ،فأما إن إصطاد فى الحرم أولا ؛ فإن اصطاد فيه فكذلك ، وإلا فهو حلال إذا وجد خمسة عشر شرطا : خمسة فى الصائد : وهو أن يكون من أهل الذكاة ، وأن يوجد منه الإرسال ، وأن لايشاركه فى الإرسال من لايحل صيده ، وأن لايترك التسمية عامدا ، وأن لايشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر . وخمسة فى الكلب : أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الإرسال وأن لايشاركه فى الأخذ ما لايحل صيده ، وأن يقتله جرحا ، وأن لايأكل منه . وخمسة فى الصيد : أن لايكون من الحشرات وأن لايكون من بنات الماء إلا السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أى قوائمه وأن لايكون متقويا بأنيابه أو بمخلبه وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه كذا فى النهاية منسوبا إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لاغير . على أنه لوانتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا إذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد ، وهو حلال ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى ـ وإذا حللتم فاصطادوا ـ ؛

أقول : لايقال كونها مع الشرب شعبتا عرق واحد يكفى فى وجه تقديمها على الصيد لأنه لم يدع أحد عدم الكفاية ، وإنما المقصود إبداء وجه آخر ولامشاحة فيه (قوله وأن يموت بهذا) أقول : قوله وأن يموت بهذا مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا (قوله قبل أن يصل إلى ذبحه) أقول : وإلا لايكون صيدا محضا والكلام فى حله « قوله وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب) أقول : فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لاغير) أقول : يعنى لاغيره من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول : مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل (قوله وكذا إذا لم يمت بهذا) أقول : ناظر إلى قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه

وقوله عزّ وجلّ ـ وحرّم عليكم صيد البرّ مادمتم حرما ـ ولقوله عليه الصلاة والسلام لعديّ ابن حاتم الطائي رضى الله عنه « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل . وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه . وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » وعلى إباحته انعقد الإجماع . ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك . وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب . ثم جملة مايحويه الكتاب فصلان : أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي .

حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري . وما أدركه حيا فذبحه لايكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر مايذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط . وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح . لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكتاب حيث قال : فيه تسامح بل شرط حل الصيد . أقول : الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لأن هذا شرط الاصطياد للأكل هو الاصطياد الشرعي وهو ماكان حلالا : فيئول معنى قوله شرط الاصطياد إلى شرط حل الصيد . فإن عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد . ولا يبالي بمثله بخلاف ماذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة . فإنه راجع إلى المعنى تدبر تفهم . ثم قصد ذلك البعض دفع ماذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال : مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حلّ صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل انتهى . أقول : لايذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لايدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان . فإنه لا وجه لبيان شرائط حلّ نوع مخصوص من أنواع الصيد وترك بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه (قوله وقوله عز وجلّ ـ وحرم عليكم صيد البرّ مادمتم حرما ـ) مدّ التحريم إلى غاية فاقتضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية ، كذا قالوا . واعترض عليه صاحب العناية حيث قال : فيه نظر ، لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اهـ . أقول : لانسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة ، بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ـ ولا تقربوهنّ حتى يطهرن ـ .

فإن أدنى مرتبة الأمر الإباحة ، وقوله تعالى ـ وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرما ـ فإنه يدل على الحل إذا زال الإحرام . وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ، ولو ذكر مكانه ـ أحل لكم صيد البحر ـ كان أنسب . وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لأحد في إباحته فكان إجماعا . وقوله (ولأنه نوع اكتساب ، والاكتساب مباح كالاحتطاب) استدلال بالمعقول .

(قال المصنف : وقوله عز وجل ـ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ـ) أقول : ما دام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها لفاعل ذلك المصدر ، فأنت في قولك اجلس ما دام زيد قائما أبوه مؤقت جلوس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبي زيد ، وما التي في ما دام مصدرية والمضاف الذي هو الزمان محذوف : أي مدة دوام قيام أبي زيد ، كذا في شرح الرضي (قوله وفيه نظر ، لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول : في التلويح : مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمته للمحرم المعلومة من قوله لغير المحرم ، ويثبت جوازه لغير المحرم بالإباحة الأصلية ، ولقوله تعالى ـ خلق لكم ما في الأرض جميعا ـ انتهى ، وفيه بحث ، إذ الكلام في حل الفعل ، ثم لو ثبت الجواز بالإباحة الأصلية لم يحتج إلى الدليل ، وذلك لأن الأصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطراري على خلاف الأصل .

(فصل فى الجوارح)

قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة . وفى الجامع الصغير : وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده ، ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته)

(فصل فى الجوارح)

قدم فصل الجوارح على فصل الرمى لأن آلة الصيد هنا حيوان وفى الرمى جماد ، وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول ، كذا فى الشروح (قوله وفى الجامع الصغير : وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده ، ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته) قال صاحب العناية : إنما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك : أى فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب ، فإن رواية القدورى تدل على الإثبات لاغير ، ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفى جميعا انتهى . أقول : فيه شيء . إذ قد صرحوا فى شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بالاتفاق ، فرواية القدورى أيضا تدل على إثبات جواز الاصطياد بما ذكر ، ونفى جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله إن رواية القدورى تدل على الإثبات لا غير ، اللهم إلا أن يكون مراده أن رواية القدورى تدل بمنطوقها على الإثبات لاغير وإن دلت بمفهومها على النفى أيضا. وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الإثبات والنفى معا لكن لايظهر حينئذ فى إيراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لايخفى . قال جماعة من الشراح : إنما ذكر فى الجامع الصغير بلفظ لابأس مع ثبوت إباحة الاصطياد بالكتاب ، لأن قوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح ـ قد خص منه البعض وهو الخنزير والأسد والدب ، والنص إذا خص منه البعض يصير ظنيا فتتمكن فيه الشبهة كما عرف فى الأصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لأنه نجس العين ، والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس ، وقد عرف فى علم الأصول أن النص الذى خص منه شيء بالعقل لايصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه فى حكم الاستثناء ، وقد أشار إليه المصنف بقوله فيما بعد : والخنزير مستثنى لأنه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به . وأما الأسد والدب فليسا بداخلين رأسا فى النص المذكور لأنهم صرحوا بأن الأسد والدب لايصلحان للتعليم لأنهما لايعملان

(فصل فى الجوارح)

قدم فصل الجوارح على فصل الرمى لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفى الرمى جماد ، وللفاضل تقدم على المفضول . قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم الخ) يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازى المعلم وسائر الجوارح المعلمة ، وهذا بعمومه يتناول الأسد والذئب والدب والخنزير ، لكن الخنزير لكونه نجس العين لايجوز الانتفاع به ، وكان ذلك معلوما لكل أحد فلم يستثنه ، والباقية إن أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها ، لكنهم قالوا : لايمكن تعليم الأسد والدب لأن من عادتهما أنهما إذا أمسكا صيدا لا يأكلانه فى الحال ، والتعلم إنما يتحقق بترك الأكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو تعلما ، ولأن التعليم لأن يمسك للغير والأسد لعلو همته لايفعل ذلك والدب لخساسته ، ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله ، وألحق بعضهم الحدأة بالدب لمعنى الخساسة ، وإنما أورد رواية الجامع الصغير لقوله : ولا خير فيما سوى ذلك : أى فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب ، فإن رواية القدورى رحمه الله تدل على الإثبات لاغير ، ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفى جميعا .

(فصل فى الجوارح)

(قوله فإن رواية القدورى تدل الخ) أقول : تعليل لقوله وإنما أورد رواية الجامع الصغير .

والأصل فيه قوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح مكلبين ـ .

للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح ـ ولا يخفى أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولا ، فإذا لم يدخلا فى النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه . ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا ، إذ قد تقرر فى علم الأصول أن العام الذى أخرج منه البعض بكلام مستقل إنما يصير ظنيا إذا كان المخرج موصولا بذلك . وأما إذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا فى الباقى ويطلق على مثل هذا الإخراج فى عرف أهل الأصول النسخ دون التخصيص . ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تبصر (قوله والأصل فيه قوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح مكلبين ـ) وذلك لأنه عطف على الطيبات فى قوله تعالى ـ قل أحل لكم الطيبات ـ أى أحل لكم الطيبات وصيد ماعلمتم من الجوارح فحذف المضاف ، كذا فى الكافى والشروح . قال صاحب العناية بعد ذلك : فيه نظر : لأن القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم . والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القران وهاهنا قد دل : فإن قوله تعالى ـ قل أحل لكم الطيبات ـ جواب عن قوله تعالى ـ يسئلونك ماذا أحل لهم ـ فإن لم يكن ـ وما علمتم من الجوارح ـ مقارنا له لم يكن ذكره على ماينبغى انتهى . أقول : نظره فاسد وجوابه كاسد . أما الأول فلأن اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فى الحكم السابق واجب لامحالة مقرر فى علم النحو بلا ارتياب ، فيلزم فى الآية المذكورة الاشتراك فى حكم الإحلال ضرورة ، وقول الأصوليين القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم ليس بإنكار لمثل هذه القاعدة المقررة فى علم النحو ، بل معناه أن مجرد المقارنة فى النظم لايوجب المقارنة فى الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة فى الحكم أيضا ، وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف . وأما الثانى فلأن لقائل أن يقول : إنما يلزم من أن لايكون ـ وما علمتم من الجوارح ـ مقارنا لأحل لكم الطيبات أن لايكون ذكره على ماينبغى لوكان ـ وما علمتم من الجوارح ـ داخلا تحت جواب قوله تعالى ـ يسئلونك ماذا أحل لهم ـ ومن يقول إن القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم كيف يسلم ذلك ، بل يقول : يجوز أن يكون جواب ذلك ـ قل أحل لكم الطيبات ـ فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولإفادة فائدة أخرى . ثم قال صاحب العناية : ويجوز أن يكون ـ وما علمتم من

(والأصل فى ذلك) أى فى جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى ـ وماعلمتم من الجوارح مكلبين ـ وذلك لأنه معطوف على قوله تعالى ـ أحل لكم الطيبات ـ أى أحل لكم الطيبات وصيد ماعلمتم ، وفيه نظر لأن القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم . والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القران وهاهنا قد دل ، فإن قوله تعالى ـ قل أحل لكم الطيبات ـ جواب عن قوله ـ يسألونك ماذا أحل لهم ـ فإن لم يكن ـ وما علمتم من الجوارح ـ مقارنا له لم يكن ذكره على ماينبغى ، ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية ، وجوابه ـ فكلوا مما أمسكن عليكم ـ وهوسالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى . والجوارح : الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازى والشاهين وغيرهما قال الله تعالى ـ أم حسب الذين اجترحوا السيئات ـ وإنما قال فى تأويل لأنه فى تأويل آخر هى التى تجرح من الجراحة ، والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ، ولكن لما كان التأديب غالبا فى الكلاب اشتق من لفظه . وفيه إشارة إلى نفى ماذهب إليه ابن عمر ومجاهد رضى الله عنهم أنه لايجوز

(قوله لأنه معطوف على قوله ـ أحل لكم الطيبات ـ) أقول : فيه تسامح لأنه معطوف على الطيبات (قوله وصيد ما علمتم) أقول : والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى ـ فكلوا مما أمسكن ـ فليفهم (قوله وفيه نظر ، لأن القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم) أقول : ليس ذلك من القران فى النظم ، لأن قوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح ـ مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان فى حكم الإحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالبا فى الكلاب اشتق من لفظه) أقول : فإن قيل : ما الحاجة إلى هذا العذر بعد ماذكره المصنف من أن اسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد . قلنا : ليتناول جوارح الطيور ، فالمراد بالكلب فى قوله فى الكلاب ما يعم كل سبع عقور ذى ناب فليتأمل .

والجوارح : الكواسب . قال فى تأويل المكلبين : المسلطين ، فيتناول الكل بعمومه ، دل عليه ماروينا من حديث عدىّ رضى الله عنه . واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد . وعن أبى يوسف أنه استثنى من ذلك الأسد والدبّ لأنهما لايعملان لغيرهما . الأسد لعلوّ همته والدبّ لخساسته ، وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته ، والخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به . ثم لابد من التعليم ، لأن ماتلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال ، ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بإرساله ويمسكه عليه . قال (تعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات ، وتعليم البازى أن يرجع ويجيب إذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ، ولأن بدن البازى لايحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ، ولأن آية التعليم ترك ماهو مألوفه عادة ، والبازى متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه . وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب

الجوارح ـ شرطية ، وجوابه ـ فكلوا مما أمسكن عليكم ـ وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى انتهى . أقول : فى تفريع قوله فالحمل عليه أولى خلل ، لأن الاعتراض المذكور لايرد على معنى الآية بالتفسير الأول ، بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ، ولا يخفى أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد محتمليها لايتوقف على تمام الاستدلال بها ، بل الأمر بالعكس ، فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب ، قال فى تأويل المكلبين المسلطين ، فيتناول الكل بعمومه ، دل عليه ما روينا من حديث عدىّ) قال صاحب العناية : واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدىّ بن حاتم . أقول : لاصحة لهذا الكلام ، إذ لايذهب على ذى مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل آخر ، إذ لاتنافى بين التأويلين كما سيجيىء فى الكتاب ، وأيضا عموم حديث عدىّ لاينافى التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هى التى تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا ، فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر ، فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دلّ عليه ما روينا من حديث عدىّ إنما هو الاستدلال على تناول ما فى الآية الكل بحديث عدىّ بن حاتم ، فالمعنى دل على تناول الكل ما رويناه من حديث عدىّ وبينه بقوله واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد ، لكن بقى شيء فى كلام المصنف وهو أن المدعى جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير ، فالمراد بالتناول فى قوله فيتناول الكل بعمومه إنما هو التناول لكل ما فى المدعى . ولا يخفى أن حديث عدىّ لايدل عليه لأنه لايتناول جوارح الطيور ، وإنما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكلب المذكور فيه كل ذى سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لأن ماتلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال) أقول : فيه نوع شبهة ، لأن كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم ، وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالإرسال مما لا كلام فيه . وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون مارواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى هاهنا وباشتراط الإرسال أيضا فليس بظاهر وإنما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفه ، وهو ليس بحجة عندنا فى الأدلة الشرعية كما عرف (قوله ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه ، وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب

الاصطياد إلا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين . واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عدىّ بن حاتم . وقال : واسم الكلب يقع فى اللغة على كل سبع حتى الأسد ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام فى دعائه « اللهم سلط عليه كلبا من كلابك » فافترسه الأسد . وقوله (وعن أبى يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه . وقوله (ولأن آية تعليمه ترك ماهو مألوفه عادة) .

(قال المصنف دل عليه ما روينا من حديث عدى) أقول : لكن لادلالة فيه على عمومه جوارح الطيور ، بخلاف الآية (قال المصنف ولأن بدن البازى لايحتمل الضرب) أقول : يعنى لايمكن تعليمه بترك الأكل إلا بالضرب حالة الأكل ، وجثته لاتحتمل الضرب ، فأما جثة

فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب . ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله . لأن فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا ، فإذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له . وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار وإبلاء الأعذار كما فى مدة الخيار . وفى بعض قصص الأخيار : ولأن الكثير هو الذى يقع أمارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدّر بها . وعند أبي حنيفة على ماذكر فى الأصل : لايثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ، ولا يقدر بالثلاث لأن المقادير لاتعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوّض إلى رأى المبتلى به كما هو أصله فى جنسها . وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا . وعندهما لايحل لأنه إنما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم ، فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر فى سكوت المولى . وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة ، بخلاف تلك المسئلة ، لأن الإذن إعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة . قال (وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ

فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب) قال صاحب النهاية : ولكن هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازى ، ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء ، فالمعتمد هو الأول . كذا فى المبسوط انتهى . واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية . وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال : قيل فيه نظر ، لأن هذا الفرق لايتأتى فى الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازى ، ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء ، فالمعتمد هو الأول ، وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقا بين الكلب والبازى لاغير وذلك صحيح ، وإذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الأول ، إلى هنا لفظه . أقول : ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد ، لأن اسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر آنفا ، والظاهر أن المراد بالكلب فى المدعى هاهنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص ، وإلا يلزم أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد فى التعليل أيضا هو الفرق عموما ، والذى يفيد الفرق عموما هو التعليل الأول دون الثانى ، فالمعتمد هو الأول كما ذكر فى عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال : ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها

قيل فيه نظر . لأن هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازى ، ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الأول . وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقا بين الكلب والبازى لاغير وذلك صحيح ، وإذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الأول . وقوله (وفى بعض قصص الأخيار) قيل أراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال فى الكرّة الثالثة - هذا فراق بينى وبينك - وقوله (كما هو أصله فى جنسها) أى أصل أبي حنيفة رحمه الله فى جنس المقادير نحو حبس الغريم وحدّ التقادم وتقدير ماغلب فى نزح ماء البئر المعينة . وقوله (وله أنه آية تعليمه عنده) أى أن ترك الأكل علامة

الكلب فتحتمله (قوله قيل فيه نظر) أقول : القائل صاحب النهاية وصاحب الكفاية وصاحب معراج الدراية (قوله وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقا بين البازى والكلب) أقول : لايخفى عليك ما فى ذكره من البعد والركاكة ، فإن كلا الدليلين لإثبات الفرق بين الكلب والبازى ، وإذا عمم الكلب فى الأول لسائر ذوات الناب فى الثانى يكون كذلك ، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها فى الصيد ألوفا مع أن فى طبع غيره الإلف أيضا على ماتراه فى الذئب والأسد وغيرهما إذا ربى من صغره فى البيت ، بخلاف جوارح الطيور جعل الكل فى حكم واحد فى التعليم : يعنى أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما فى نظائره فليتأمل (قال المصنف : فيضرب ليتركه) أقول : فإن قيل : وجوب ترك الأكل لصيرورة الكلب معلما إنما هو لأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة ، فلا بد من ملاحظة الدليل الثانى فى إتمام الأول فيفوت استقلاله . قلنا : بل يثبت ذلك بقوله تعالى - فكلوا مما أمسكن - أى لم يأكلن ، إذ يعلم منه أن ترك الأكل شرط فى حل أكل الصيد فلا تمس الحاجة إلى تلك الملاحظة ، وفيه بحث ، إذ لادلالة فيه على كون الإمساك شرطا للتعليم كما لايخفى على المتأمل وإلا لعم فى الطير (قال المصنف : كما فى مدة الخيار) أقول : لاينتهض هذا على مذهبهما

الصيد وجرحه فمات حل أكله) لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه . ولأن الكلب أو البازى آلة والذبح لايحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالإرسال فنزل منزلة الرمى وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده . ولو تركه ناسيا حلّ أيضا على مابيناه . وحرمة متروك التسمية عامدا فى الذبائح . ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارى وهو الجرح فى أىّ موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال . وفى ظاهر قوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح ـ مايشير إلى اشتراط الجرح . إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافى . وفيه أخذ باليقين .

جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها فى الصيد ألوفا مع أن فى طبع غيره الإلف أيضا على ما تراه فى الذئب والأسد وغيرهما إذا ربى من صغره فى البيت ، بخلاف جوارح الطير جعل الكل فى حكم واحد فى التعليم : يعنى أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما فى نظائره فليتأمل اهـ. أقول : ليس هذا أيضا بسديد . إذ بعد ما تقرر أن الفهد والنمر مما لايتأتى فيه الإلف بل هما متوحشان كالبازى لايكون جعل أنواع الكلب كلها فى حكم واحد . وإدارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد ، بل يلزم إذ ذاك أن يحمل المتوحش على الألوف وهو غير ميسر لامحالة . ثم أقول : بقى شىء فى التعليل الأول أيضا وهو أنه قد ذكر فى عامة المعتبرات أن شمس الأئمة السرخسى قال ناقلا عن شيخه شمس الأئمة الحلوانى : للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه . وعدّ منها أنه لايتعلم بالضرب . ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك ، فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لايجدى شيئا فى حق تعليمه . وقد كان مدار الفرق بين البازى والكلب فى التعليل الأول هو أن بدن البازى لايحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله . فيرد عليه أن مجرد احتمال بدل الكلب الضرب لايفيد المدعى فى حق الفهد إذ هو غير مؤثر فى حق تعليمه فتأمل (قوله وفى ظاهر قوله تعالى ـ وما علمتم من الجوارح ـ مايشير إلى اشتراط الجرح ، إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولاتنافى ، وفيه أخذ باليقين) وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعانى ، فإن كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب

تعليمه عند الثالث ، لأنه إنما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين إمساكه الثالث على صاحبه . وإذا حكمنا أنه يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد إرسال صاحبه فيحل . وقوله (فظاهر الرواية) يريد رواية الزيادات فإنه قال : لو قتل الكلب أو البازى الصيد من غير جرح لايحل ، وأشار فى الأصل إلى أنه يحل ، والفتوى على ظاهر الرواية . وقوله (فى تأويل) يعنى غير ما أوّلناه أولا وهو قوله والجوارح الكواسب فى تأويل . وذلك مايكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب : يعنى يجمع فى الآية بين التأويلين لعدم التنافى بينهما ، وذلك لأن الأصل أن النص إذا أورد وفيه اختلاف المعانى ، فإن كان بينهما تناف يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح ، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما فى قوله تعالى ـ ولا يحل لهنّ أن يكتمن ماخلق الله فى أرحامهن ـ قيل أريد به الحبل ، وقيل الحيض ، والصحيح أنهما مرادان لأنه لاتنافى هاهنا ، وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذى تحصل به الجراحة ، أو يكون حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر ، والمشترك لاعموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لايجوز ، بخلاف قوله تعالى ـ ماخلق الله فى أرحامهن ـ فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ . وقوله (وفيه) أى فى الجارح الكاسب أخذ باليقين .

(قوله وفيه نظر) أقول : سبق إلى هذا النظر نظر الإتقانى (قوله والجرح التى) أقول : الظاهر أن يقال والجرح الذى (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ) أقول : ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز . أما على طريقة ذكر السبب وإرادة المسبب ، فيكون المراد اشتراط الجرح والكسب ، أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلا المعنين ، فيستعار الثانى للأول ثم يشتق منه الفعل ، ولا يخفى عليك أولوية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لانطواء الأول على الثانى بدون العكس ، ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معنيى المشترك فى هذه الصورة كما جوز فى النفى على

وعن أبي يوسف أنه لايشترط رجوعا إلى التأويل الأول. وجوابه ماقلنا . قال (فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازى أكل) والفرق ما بيناه فى دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدىّ رضى الله عنه وهو حجة على مالك والشافعى فى قوله القديم فى إباحة ما أكل الكلب منه (ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها

ترجيحه لا الجميع ، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما فى قوله تعالى ـ ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله فى أرحامهن ـ قيل أريد به الحبل ، وقيل الحيض ، والصحيح أنهما مرادان لأنه لاتنافى بينهما فكذا هاهنا لاتنافى بين الكسب والجراحة ؛ كذا فى عامة الشروح . قال صاحب الغاية : فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك فى موضع الإثبات وهو فاسد انتهى اهـ . وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال : وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذى يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر والمشترك لاعموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لايجوز بخلاف قوله تعالى ـ ماخلق الله فى أرحامهن ـ فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ . إلى هنا كلامه . أقول : يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه أنه يجمع فى الاعتبار والعمل بين كلا محتملى النص المذكور من التأويلين لعدم التنافى بينهما وفيه أخذ بالمتيقن إذ يوجد فى المجموع كل واحد منهما . فأىّ منهما يراد فى النظم الشريف كان مأخوذا فى الاعتبار والعمل ، وليس مراده أن كلا التأويلين يرادان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك فى الإثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وصاحب العناية لزعمه أن مرادهم هو الثانى قال فى تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح الكاسب : يعنى يجمع فى معنى الآية بين التأويلين ، وكان حق التفسير أن يقال : يعنى يجمع فى الاعتبار والعمل بين التأويلين كما نبهت عليه آنفا . وقال صاحب معراج الدراية هاهنا : فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة فى الكواسب أو مجازا . قلنا : لا كذلك ، بل الجوارح أخص من الكواسب ، فلو كان المراد بالكواسب الجوارح لايلزم ذلك انتهى . أقول : جوابه ليس بسديد ، لأن كون الجوارح أخص من الكواسب لايدفع لزوم المحذور المذكور فى السؤال ، إذ لاشك أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم الأعم وإلا يلزم أن يكون الشىء أخص من نفسه ، وهو ظاهر البطلان ، ولا ريب أن اللفظ الواحد لايطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا إلا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين فى السؤال قطعا على تقدير إرادتهما معا من لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدىّ) أقول : فى كلامه هذا ركاكة ، لأن ضمير هو فى قوله وهو مؤيد إن كان راجعا إلى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره ، يرد عليه أن حديث عدىّ لايفيد الفرق المذكور أصلا ، فإنه إنما يدل على أن لايؤكل ما أكل منه الكلب ، ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازى ، وإفادة الفرق إنما تكون بالدلالة عليهما معا وإن كان راجعا إلى مضمون قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله : وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدىّ أن يذكر عقيب قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل ، ولما وسط بينهما قوله وإن أكل منه البازى أكل . وقوله والفرق مابيناه فى دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لايخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعى فى قوله القديم فى إباحة ما أكل الكلب منه) فإن قيل : روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه « أنه صلى الله عليه وسلم قال له فى صيد الكلب : كل وإن أكل منه » وذلك دليل

وقوله (رجوعا إلى التأويل الأول) يعنى ماسبق من الكواسب . وقوله (وجوابه ماقلنا) يعنى قوله لامنافاة بينهما ، وفيه أخذ باليقين . وقوله (وهو حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى قوله القديم فى إباحة ما أكل الكلب منه) يعنى حديث عدىّ رضى الله عنه . فإن قيل : روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال له فى صيد الكلب : « كل وإن أكل منه » وذلك

ما سيجىء فى الوصايا ، وعلل هناك بعدم المنافاة أيضا (قال المصنف : وهو مؤيد بما روينا) أقول : جعله مؤيدا لاحجة أخرى لعدم

ثم أكل من صيد لايؤكل هذا الصيد) لأنه علامة الجهل ، ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء . وأما الصيود التى أخذها من قبل فما أكل منها لاتظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان فى المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق ، وما هو محرز فى بيته يحرم عنده خلافا لهما . هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم ، لأن الحرفة

واضح لهما . أجيب بأنه خبر واحد لايعارض قوله تعالى ـ فكلوا مما أمسكن عليكم ـ فإن الإمساك عليهم أن لايأكل منه ، وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه ، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عدىّ « فإن أكل منه فلاتأكل لأنه إنما أمسك على نفسه » كذا فى العناية أخذا من النهاية . أقول : يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى ـ فكلوا مما أمسكن عليكم ـ إنما يدل على إباحة أكل مالم يأكل منه الكلب ، ولايدل على عدم إباحة أكل ما أكل منه إلا بطريق مفهوم المخالفة ، وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف فى علم الأصول ، فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى ـ فكلوا مما أمسكن عليكم ـ حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد . لايقال : يحصل بهذا الجواب إلزام الشافعى لأن مفهوم المخالفة حجة عنده ، وهذا القدركاف فى صحة الجواب . لأنا نقول : لايحصل إلزامه أيضا . لأن من يقول بكون المفهوم حجة لاينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا . والحق عندى فى الجواب عن أصل السؤال أن يقال : حديث أبى ثعلبة معارض بحديث عدىّ ، وحديث عدىّ مرجح على حديث أبى ثعلبة لأن حديثه يحل ما أكل منه الكلب وحديث عدىّ يحرمه ، وقد عرف فى أصول الفقه أن المحرّم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخا له فوجب العمل بحديث عدىّ دون حديث أبى ثعلبة (قوله ولا مايصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء) قال صاحب العناية : أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ . أقول : تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح ، لأن فيما ذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لاغير : رواية عند أبى حنيفة وهى حل ما اصطاده ثالثا ، ورواية عند أبى يوسف ومحمد وهى عدم حل ذلك . وقد قال المصنف هاهنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع ، فكيف يتصوّر أن يكون مراده ماذهب إليه الشارح المذكور؟ فالصواب أن مراد المصنف بقوله هاهنا على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء وهو الإشارة إلى ماذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة إلى آخر ماذكره فى تلك المسئلة ، فحينئذ تتحقق الروايات وتنتظم صيغة الجمع كما لايخفى (قوله هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة

دليل واضح لهما أجيب . بأنه خبر واحد لايعارض قوله تعالى ـ فكلوا مما أمسكن عليكم ـ فإن الإمساك عليهم أن لايأكل منه ، وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه ، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عدىّ « فإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه » وقوله على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء) أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ . وقوله (وأما الصيود التى أخذها من قبل) واضح ، وحاصل ذلك فى المحرز الذى لم يؤكل أن أبا حنيفة يحكم بجهله مستندا ، وهما يقولان بالاقتصار على ما أكل ، لأن ما أحرزه المالك حكم بإباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الإحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده . والجواب ماقال ، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأن المقصود هو الأكل ، ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء . وما قال أبو حنيفة أقرب إلى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ، ولم يذكر ما إذا باع شيئا من صوده المقدرة والحكم فيه كالذى فيه الخلاف إذا تصادق البائع والمشترى على جهالة الكلب .

وفائه بتمام المدعى (قوله أجيب بأنه خبر واحد لايعارض قوله تعالى ـ فكلوا مما أمسكن عليكم ـ فإن الإمساك الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لادلالة فى الآية على النهى عن الأكل على تقدير انتفاء الإمساك ، ومفهوم المخالفة غير معتبر فأين المعارضة ، والمنطوق أقوى عند المعتبرين للمفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول : فيه بحث ، بل الظاهر أن المراد

قد تنسى ، ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ، لأن المقصود قد حصل بالأول ، بخلاف غير المحرز لأنه ماحصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطا . وله أنه آية جهله من الابتداء ، لأن الحرفة لاينسى أصلها ، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم ، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء (ولو أن صقرا فرّ من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لايؤكل صيده) لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لأنه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب مالايصلح لصاحبه وأمسك عليه مايصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل مابقى) لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره ، وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد ، والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته ، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد (ولو ألقى مانهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مرّ بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لأنه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لم يضرّه ، فإذا أكل مابان منه وهو لايحل لصاحبه أولى ، بخلاف الوجه الأول لأنه أكل فى حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه ، فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول ، وبعده على الوجه الثانى فلا يدل على جهله .

قد تنسى) أقول : الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولأن فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور هاهنا دليلا تاما لهما ، فيرد عليه أنه لو تم لدل على أن لاتثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز فى المفازة أيضا لجريان هذا الدليل فى ذلك أيضا مع أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه ما أكل من الصيد ، والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته) قال صاحب العناية : وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل ، فإن الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله . وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ، ومن لحم آخر فى مخلاة صاحبه سواء . وأما إذا أكل قبل الأخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه . أقول : هذا الجواب لايدفع المطالبة المذكورة لأن حاصلها نقض ماذكره المصنف فى تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما أكل من الصيد بما إذا أكل بعد ماقتل . فإن ذلك التعليل متمش فى صورة القتل أيضا . إذ الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضا بقتله ، فلم يتحقق الأكل من الصيد فى الصورتين معا مع أنهما مفترقان فى الحكم . وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة أخرى غير ماذكره المصنف فى التعليل ، ولا يذهب عليك أن

وقوله (ولو أن صقرا فرّ من صاحبه فمكث حينا ثم صاد) يعنى بعد مارجع إلى صاحبه لم يؤكل ، وأما قبل الرجوع إليه فلا شبهة فى حرمة ما صاده لانتفاء الإرسال . ومسئلة الوثبة فى الكتاب معلومة . وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ماقتل . فإن الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله . وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر فى خرة صاحبه

ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه معلم . وفى رواية أخرى موافقا لمذهبهما ثبوته بترك الأكل ثلاث مرات (قال المصنف : لأن الحرفة لاتنسى) أقول : فيه بحث .

قال (وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه ، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل ، وكذا البازى والسهم) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ، إذ المقصود هو الإباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل ، وهذا إذا تمكن من ذبحه . أما إذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق مايكون فى المذبوح لم يؤكل فى ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يحل وهو قول الشافعى ، لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال . ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لأنه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح . إذ لايمكن اعتباره لأنه لابد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح فأدير الحكم على ماذكرنا ، بخلاف ما إذا بقى فيه من الحياة مثل مايبقى فى المذبوح لأنه ميت حكما ، ألا ترى أنه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما إذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح . وفصل بعضهم فيها تفصيلا وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل ، وإن لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى ، لأنه إذا وقع فى يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار ،

ذلك لايدفع ورود المطالبة المذكورة على ماذكره المصنف فى التعليل . ولقد أحسن صاحب النهاية هاهنا فى التقرير حيث قال : فوجه الفرق بين هذا وبين ما إذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لايؤكل ، وفى هذه الصورة وهى ما أكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل ، وتعليل الكتاب هاهنا بقوله لأن ما أكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا فى الحكم . والأوجه فيه هو أن الفرق إنما ينشأ بينهما من حيث وجود الإمساك لصاحبه وعدم الإمساك له : فهاهنا أى فى مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد إلى أن أخذه صاحبه قد تم إمساكه على صاحبه . وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم أنه إنما أمسكه لنفسه لالصاحبه فخرج به من أن يكون معلما انتهى . فإنه طعن فى التعليل المذكور فى الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما فى الحكم ، وبين وجها آخر فارقا بينهما وعده أوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما . ثم أقول : التحقيق أن المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر فى الكتاب أيضا ، لأن المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية ، فإن وجه بقاء الصيدية فيه على ماصرح به الشراح هو أن الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقى عدم الإحراز قبل أن يحرزه المالك ، فما بقى شىء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه ، فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما إذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد ، تأمل ترشد (قوله وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه ، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل ، وكذا البازى والسهم) اعلم أن قوله وإن أدرك المرسل إلى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدورى فى مختصره ، وقوله وكذا البازى

سواء ، وأما إذا أكل قبل الأخذ فقد كان ممسكا على نفسه . قال (وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل إن أدرك الصيد حيا فلا يخلو إما أن تمكن من ذبحه أولا ، فإن تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية ، وإن ذبح حل فى قول أصحابنا جميعا ، وكذلك حكم البازى والسهم ، وذلك لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل لأن المقصود بالبدل إباحة الأكل ولم يثبت قبل موته والقدرة على الأصل قبل ذلك تبطل البدل وإن لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت ، فإما أن يكون فيه من الحياة فوق مايكون فى المذبوح أو لا ، فإن كان لم يؤكل فى ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعى رحمه الله لأنه لم يقدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال . ووجه ظاهر الرواية أنه إن لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لأنه ثبتت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح . إذ لايمكن اعتباره : أى اعتبار التمكن من الذبح لأنه لابد له من مدة والناس

(قوله أو خفية) أقول : المراد بالحياة الخفية هاهنا ما هو فوق حياة المذبوح لاما هو مثلها أو دونها ، وإلا لاتجب الذكاة كما يجىء

وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه ؛ أما إذا شق بطنه وأخرج مافيه ثم وقع فى يد صاحبه حل ، لأن مابقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة فى الماء بعد ماذبحت . وقيل هذا قولهما . أما عند أبى حنيفة فلا يؤكل أيضا لأنه وقع فى يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية على مانذكره إن شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا إذا ترك التذكية . فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبى حنيفة . وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذى يبقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة . وعليه الفتوى لقوله تعالى ـ إلا ماذكيتم ـ استثناه مطلقا من غير فصل . وعند أبى يوسف إذا كان بحال لايعيش مثله لايحل لأنه لم يكن موته بالذبح . وقال محمد : إن كان يعيش فوق مايعيش المذبوح يحل وإلا فلا لأنه لامعتبر بهذه الحياة على ماقررناه .

والسهم زيادة من المصنف . فأقول : هذه الزيادة من المصنف هاهنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى . أما قوله وكذا البازى فظاهر لأن قول القدورى وإن أدرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازى . وليس فيه شىء يقتضى اختصاصه بالأول فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازى بل لاوجه له . وأما قوله والسهم فلأن حكم مسئلة السهم سيجىء فى باب الرمى مفصلا ؛ ألا يرى إلى قوله هناك : وإذا سمى الرجل عند الرمى أكل ماأصاب إذا خرج السهم فمات . وإن أدركه حيا ذكاه انتهى ، فلا حاجة إلى بيانه هاهنا (قوله وقال محمد : إن كان يعيش فوق مايعيش المذبوح يحل ، وإلا فلا لأنه لامعتبر بهذه الحياة على ماقررناه) قال صاحب النهاية والكفاية : أراد بقوله ما قررناه قوله لأن مابقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر . وقال صاحب الغاية والعناية : أشار بذلك إلى قوله لأنه ميت حكما . أقول : الحق ما قاله الشارحان الأخيران . لأن قوله لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ماشق بطنه وأخرج مافيه ثم وقع فى يد صاحبه . ولم يفرق أحد فى تلك الصورة بين ما يعيش فوق مايعيش

يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح ، فمنهم من يتمكن فى ساعة ، ومنهم من لا يتمكن فى أكثر . وما كان كذلك لايدار الحكم عليه لعدم انضباطه فأدير على ماذكرناه من ثبوت اليد على المذبح ، وإن لم تكن الحياة فيه فوق ماتكون فى المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لأنه ميت حكما ؛ ألا ترى أنه لو وقع فى الماء وهو بهذه الصفة لايحرم كما إذا وقع وهو ميت . والميت ليس بمذبح : أى ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح . وفصل بعض المشايخ فيما إذا كانت الحياة فيه فوق ماتكون فى المذبوح فقال : إن كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لأنه مفرط ، وإن كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا : لم يقدر على الأصل ولم يفرط فكان حلالا . وقلنا : وقع فى يده وهو حى حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار . فإن قيل : وضع المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ماتكون فى المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح ؟ أجيب بأن المقدار الذى يكون فى المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد فى حكم الميت . والزائد على ذلك قد لايسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أى ماذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لايحل بدون الذكاة فيما إذا كان بقاؤه متوهما . أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج مافيه ثم وقع فى يد صاحبه ولم يدركه حل ، لأن ما بقى اضطراب مذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة فى الماء بعد ماذبحت (وقيل) هو قول أبى بكر الرازى (هذا قولهما . أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لأنه وقع فى يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية) أى اعتبارا بها (هذا الذى ذكرنا) أنه لايؤكل عنده إذا شق بطنه وأخرج مافيه إذا ترك التذكية ، فأما إذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله ، وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذى بقر) أى شق (الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة) إذا ذبح حل عنده (وعليه الفتوى لقوله تعالى ـ إلا ماذكيتم ـ استثناه مطلقا من غير فصل) وعند أبى يوسف لابد من حياة بينة وهى أن يكون بحال يعيش مثله . فأما إذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لأنه لم يكن موته بالذبح . وقال محمد : لابد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح . فإن كان كذلك حل أكله وإلا فلا (لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ماقررناه) إشارة إلى قوله لأنه ميت حكما ، وقيل إلى قوله لأن مابقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر

(ولو أدركه ولم يأخذه ، فإن كان فى وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لأنه صار فى حكم المقدور عليه (وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل) لأن اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وإن أدركه فذكاه حل له)لأنه إن كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع ، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة ؛ فعند أبى حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ماذكرناه وقد وجد . وعندهما لا يحتاج إلى الذبح (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل)وقال مالك : لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال . إذ الإرسال مختص بالمشار إليه . ولنا أنه شرط غير مفيد . لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به . إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال ، فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لأن الذبح يقع بالإرسال على مابيناه . ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة . بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة ، لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى . حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل) لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال (وكذا الكلب إذا اعتاد عادته . ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا) لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى) لانقطاع الإرسال بمكثه . إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة . بخلاف ماتقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شىء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل) وهذا إذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة ، وإنما مكث ساعة للتكمين لما بيناه فى الكلب (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله إنسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك فى الإرسال ، ولا تثبت الإباحة بدونه . قال (وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ماذكرناه . وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر . وعن أبى حنيفة أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة . وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لإنهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق . قال (وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل) لما روينا فى حديث عدى رضى الله عنه ، ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا (ولو رده عليه الكلب

المذبوح وبين مالا يعيش فوق ذلك ، بل جعلوا كليهما مما بقى فيه اضطراب المذبوح ، وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما ، وقوله لأنه لامعتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق مايعيش المذبوح ، فكيف يتم أن يريد بقوله فى ذيل هذا التعليل على ما قررناه مايعمهما معا ، بخلاف قوله لأنه ميت حكما لأنه تعليل لحل أكل مابقى فيه من الحياة مثل مابقى فى المذبوح

وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه) يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد وهاهنا أدركه ولم يأخذه . وقوله (على ماذكرناه) إشارة إلى قوله لأنه وقع فى يده حيا . قوله (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد) يعنى صيدا معينا (فأخذه غيره حل) يعنى ما دام فى وجه إرساله . وقوله (ولنا أنه) أى شرط التعيين (شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد) والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء . فإن قيل : قد يكون مقصوده صيدا معينا . أجيب بأنه متعذر ، إذ لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ماعينه فسقط اعتباره . وقوله (على ما بيناه) يعنى فى أوائل كتاب الذبائح حيث قال : تشترط عند الإرسال والرمى . وقوله (ولهذا تشترط التسمية عنده) أى عند الإرسال ، وقوله (فيغلب جانب الحرمة نصا) أى

الثانى ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله) لوجود المشاركة فى الأخذ وفقدها فى الجرح ، وهذا بخلاف ماإذا ردّه المجوسى بنفسه حيث لايكره ، لأن فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى الكلبين لوجود المجانسة(ولو لم يردّه الكلب الثانى على الأول لكنه أشد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لابأس بأكله) لأن فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع ، بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه لم يصر تبعا فيضاف إليهما . قال (وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه ، وبالانزجار إظهار زيادة الطلب . ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما فى نسخ الآى ، والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه . قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل) لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لايثبت به الحل ، وكل من لاتجوز

لافوق مايبقى فى المذبوح وما لايبقى فيه من الحياة فوق مايبقى فى المذبوح مما لايعيش فوق مايعيش المذبوح فتنتظم الإشارة إليه هاهنا بقوله على ماقررناه تدبر تفهم(قوله ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما فى نسخ الآى والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه) قال بعض الفضلاء: لك أن تقول : لاتمس الحاجة إلى الرفع بل تكفى المشاركة فى إثبات الحرمة أوشبهها انتهى . أقول : ليس هذا بوارد لأن الإرسال أصل والزجر تبع ، والتبع لايعد مشاركا للأصل فى ترتب الحكم ، وقد أشار إليه المصنف فى تعليل المسئلة السابقة حيث قال : لأن فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع انتهى . ولئن سلم مشاركة الزجر للإرسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة فى إثبات الحرمة أو شبهها بل لابد من أن يكون اللاحق وهو الزجر هاهنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق . وأما إذا كان أدنى منه فلا تأثير له فى الحكم وقد أشار إليه المصنف فى تعليل المسئلة اللاحقة حيث قال : لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة ، فأولى أن لايثبت به الحل انتهى . قال فى الغناية : ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء . وأجيب بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى انتهى . أقول : لقائل أن يقول : هذا الجواب لايدفع النقض المذكور بل يقويه ، فإنه إذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم إذا زجر كلب حلال عند إرساله تقرر أن ينتقض به الأصل الذى ذكروه من عدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دون الإرسال .

بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال » . وهاهنا ثلاثة فصول : أحدها ما اشترك فيه الكلبان فى الأخذ والجرح ، وفيه الحرمة لما رويناه . والثانى ما اشتركا فيه فى الأخذ دون الجرح ، وفيه الكراهة لأن جهة الحل أرجح ، لأن المعلم تفرد بالجرح . والثالث ما لم يشتركا فى شىء لكن الثانى أشد : أى حمل على الأول حتى اشتد على الصيد ، وفيه الإباحة لأن الثانى لم يشارك الأول فى شىء من الصيد ، وإنما أثر فى الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الأول لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع . قال (وإذا أرسل المسلم الخ) الأصل فى هذا أن الفعل يرفع بالأقوى والمساوى دون الأدنى ، فإذا أرسل المسلم كلبه وزجره : أى أغراه المجوسى حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه . ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء . وأجيب بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى(وإذا أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل كذلك ولهذا)أى ولأن الزجر دون الإرسال (لم يثبت به) أى بالزجر (شبهة الحرمة) يعنى فى الصورة الأولى مع أن الحرمة

(قال المصنف : ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله) أقول : لك أن تقول : لاتمس الحاجة إلى الرفع ، بل تكفى المشاركة فى إثبات الحرمة أو شبهها (قوله ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء) أقول : ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء .

ذكاته كالمرتدّ والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لأن الزجر مثل الانفلات ، لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل ، وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك للأول) لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية إلا أن الإرسال من الثانى حصل على الصيد ، والمعتبر فى الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم ، بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثانى بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول .

(فصل فى الرمى)

(ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ،

ويمكن أن يقال : المراد من الجواب المذكور أن الأصل الذى ذكروه إنما هو على موجب القياس ، ووجوب الجزاء على المحرم فى الصورة المذكورة إنما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص ، وهذا لا يقدح فى كلية الأصل المذكور المبنى على القياس تفكر (قوله وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات) قال جمهور الشراح : يعنى من حيث أن كل واحد غير مشروط فى حل الصيد ، بخلاف الإرسال انتهى . أقول : ليس هذا الشرح بسديد عندى ، إذ لم يكن الكلام فيما سبق فى كون الفعل الغير المشروط فى حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط فى حله أو بما هو مثله ، بل كان الكلام فى كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه فى القوة أو بما هو مثله فيها كما فى نسخ الآى ، فالوجه هاهنا أن يقال : يعنى أن الزجر مثل الانفلات فى القوّة والضعف ، وتعليل المصنف إياه بقوله لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر .

(فصل فى الرمى)

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع فى بيان حكم الآلة الجمادية ، وقد مر وجه تقديم الأول ،

أسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فأولى أن لا يثبت به الحل : يعنى بزجر المسلم . وقوله (لأن الزجر مثل الانفلات) يعنى من حيث أن كل واحد غير مشروط فى حل الصيد بخلاف الإرسال . وقوله (لأنه إن كان دونه) يعنى أن الانزجار إن كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا . وقوله (وقذه) أى جرحه جراحة أثخنته . وقوله (لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة ، وهو يشير إلى الجواب عما يقال الضربة الثانية التى قتل الكلب بها الصيد إنما حصلت بعد الإثخان الذى أخرجه من الصيدية ، فكان الواجب أن لا يحل أكله لأن الصيد بعد الإثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب . وجوابه أنه تعذر رفعه ، وما تعذر رفعه تقرّر عفوه . وقوله (بجرح الكلب الأول) يعنى أنه لا يؤكل لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح فى المذبح . لا بجرح الكلب فجرح الكلب فى مثله يوجب الحرمة ، ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة ، والله أعلم .

(فصل فى الرمى)

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع فى بيان حكم الآلة الجمادية . والحس : الصوت الخفى (ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) ظبيا مثلا ، فإن تبين أن المسموع حسه آدمى أو بقر أو شاة لم يحل الظبى

(فصل فى الرمى)

ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أى صيد كان لأنه قصد الاصطياد . وعن أبى يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ؛ ألا ترى أنه لاتثبت الإباحة فى شىء منه . بخلاف السباع لأنه يؤثر فى جلدها . وزفر خص منها ما لايؤكل لحمه لأن الإرسال فيه ليس للإباحة . ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لايختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح فى نفسه ، وإباحة التناول ترجع) إلى المحل فتثبت بقدر مايقبله لحما وجلدا . وقد لاتثبت إذا لم يقبله ، وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره (وإن تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى لايحل المصاب) لأن الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذى يأوى البيوت أهلى والظبى الموثق بمنزلته) لما بينا (ولو رمى إلى طائر فأصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشى هو أو غير وحشى حل الصيد) لأن الظاهر فيه التوحش (ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدرى ناد هو أم لا لايحل الصيد) لأن الأصل فيه الاستئناس (ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل فى رواية عن أبى يوسف) لأنه صيد ، وفى أخرى عنه لايحل لأنه لا ذكاة فيهما (ولو رمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل) لأنه لامعتبر بظنه مع تعينه (فإذا سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات) لأنه ذابح بالرمى لكون

(قوله والظبى الموثق بمنزلته) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية : أى بمنزلة الآدمى . أقول : هذا التفسير ليس بجيد ، إذ الظاهر أن الظبى الموثق بمنزلة الحيوان الأهلى دون الآدمى ، إذ لامناسبة بين الإنسان والحيوان ، بخلاف الحيوانين . فإن قلت : المراد بكون الظبى الموثق بمنزلة الآدمى مجرد كونه غير صيد كالآدمى لاالاشتراك فى جميع الأوصاف فلا محذور فى جعله بمنزلة الآدمى . قلت : لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال . والطير الداجن الذى يأوى البيوت والظبى الموثق بمنزلته ، إذ لافرق بينهما فى مجرد كونهما غير صيد . ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذى يأوى البيوت أهلى والظبى الموثق بمنزلته علم أن المراد ليس مجرد أن لايكون صيدا بل الاشتراك فى بعض الأحوال أيضا . فالوجه فى تفسير قول المصنف والظبى الموثق بمنزلته ماذكره صاحب الغاية حيث

المصاب مثلا فى قولهم جميعا لأنه أرسل إلى غير صيد فلم يتعلق به حكم الإباحة وصار كأنه رمى إلى آدمى عالما به فأصاب صيدا فإنه لايؤكل (وإن تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أى صيد كان) المسموع حسه : يعنى سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لأنه قصد الاصطياد . وعن أبى يوسف أن المسموع حسه إذا ظهر خنزيرا لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ؛ ألا ترى أنه لاتثبت الإباحة فى شىء منه بخلاف سائر السباع) لأنه أى الاصطياد (يؤثر فى جلدها ، وزفر خص منها) أى من جملة المسموع حسه (مالا يؤكل لحمه ، لأن الإرسال فيه ليس للإباحة) فكان هو والآدمى سواء (ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لايختص بالمأكول) وما هو كذلك فالمأكول وغيره بالنسبة إليه سواء فإذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا . إذ الاصطياد فعل مباح فى نفسه يفيد إباحة المصاب بشرط قبوله الإباحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيرا لم تثبت الإباحة ولكن لايخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا . وإذا قتلها ، فإن كان مما يحل تناوله تثبت إباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور . وإن كان مما لايحل تناوله تثبت إباحة جلده فثبت أن فعله وقع اصطيادا ، وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك ، وإذا وقع اصطيادا كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره . وقوله (وإن تبين أنه حس آدمى) قدمناه آنفا . وقوله (لأن الفعل ليس باصطياد) إذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش ، وعلى هذا فالداجن الذى يأوى البيوت أهلى . والظبى الموثق : أى المشدود بالوثاق بمنزلته : أى بمنزلة الآدمى لما بينا أن الفعل ليس باصطياد ، ثم إذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الأصل ، وعلى هذا تخرج المسئلتان المذكورتان فى الكتاب . وقوله (وفى أخرى عنه لايحل لأنه لا ذكاة فيهما)

(قال المصنف : لأن الإرسال فيه ليس للإباحة) أقول : الأظهر أن يقال : لأن الرمى لأن الفصل فصله (قوله والظبى الموثق : أى المشدود بمنزلته : أى بمنزلة الآدمى) أقول : ولعل الأولى : أى بمنزلة الأهلى .

السهم آلة له فتشترط التسمية عنده . وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة . ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه . قال (وإذا أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها . والاختلاف فيها فى الفصل الأول فلا نعيده . قال (وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل . وإن قعد عن طلبه) ثم أصابه ميتا لم يؤكل . لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام « أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامى وقال : لعل هوامّ الأرض قتلته » ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغى أن يحل أكله لأن الموهوم فى هذا كالمتحقق لما روينا . إلا أنا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أن لايعرى الاصطياد

قال : أى الظبى المقيد بمنزلة الطير الداجن الذى يأوى البيوت انتهى (قوله وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل . وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) قال الزيلعى فى شرح الكنز : وجعل قاضيخان

يشير إلى أن كون ماتبين حسه من الصيود من شرطه أن يكون حلّ أكله مشروطا بالذبح . حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فأصاب ظبيا ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد . ولو سمع حسا وظنه آدميا ورماه فأصاب المسموع حسه وهو صيد حلّ لأنه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا . فإن قيل : ماالفرق بين هذه المسئلة وبين التى تقدمت . وهى أن من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى لايحل المصاب مع أنه لم يقصد رمى الآدمى وفى هذه المسئلة قصد رمى الآدمى ورمى الآدمى ليس باصطياد وقد حل المصاب . والقياس إما شمول الحل أوشمول عدمه أو انعكاس الجواب فى المسئلتين ، وذلك أنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمى ففيما إذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى ، أو لأنه لم يقع فعله اصطيادا نظرا إلى قصده فلا يحل المصاب هاهنا . وحل هناك لذلك . أجيب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لأنه لامعتبر بظنه مع تعينه : أى تعين كونه صيدا . وبيانه أن فى المسئلة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها إلى غير الصيد نظرا إلى فعله الذى توجه للمسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد . وأما هاهنا فسهمه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته ، فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر ظنه ذلك المخالف لفعله الذى هو اصطياد بحقيقته ، والظن إذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد . وقوله (على مابيناه) يعنى فى فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية الخ . وقوله (فتحامل) التحامل فى المشى أن يتكلفه على مشقة وإعياء يقال تحاملت فى المشى . وقوله (حتى أصابه ميتا أكل) قيل إذا وجده وفيه جراحة سهمه لاغير ، وأما إذا وجده وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما سيجىء ، لأنه ظهر لموته شيئان : أحدهما يوجب الحل ، والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة . وقال الشافعى : يؤكل لأنه ظهر لموته سبب وهو ماكان معه من الرمى ، والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه ، كما لو جرح إنسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا . قلنا : لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما : والموهوم فى هذا كالمتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم « لعل هوامّ الأرض قتلته » قاله حين أهدى رجل إليه عليه الصلاة والسلام صيدا فقال « من أين لك هذا ؟ قال كنت رميته بالأمس وكنت فى طلبه حتى حال بينى وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراق ، وهو الرمح الصغير ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا أدرى لعل هوامّ الأرض قتلته » الحديث ، وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما إذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا . وقوله (ولأن احتمال الموت) دليل

(قوله نظرا إلى فعله الذى توجه إلى المسموع حسه وهو ليس بصيد) أقول : فكان ظنه هنا أيضا مخالفا لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيدا (قوله كما لو جرح إنسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا) أقول : لم يظهر فيما ذكره للموت سبب آخر غير الجرح ، بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول : فى دلالته على التحريم كلام ، ثم قوله على حرمة ذلك : أى حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لأن الموهوم كالمتحقق لما روينا) أقول : فلا يكون هذا دليلا مستقلا .

عنه . ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله . والذى رويناه حجة على مالك فى قوله إن ماتوارى عنه إذا لم يبت يحلّ فإذا بات ليلة لم يحل (ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لايحل) لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما ، بخلاف وهم الهوام . والجواب فى إرسال الكلب فى هذا

فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لايتوارى عن بصره فقال : لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما : كل ما أصميت ودع ما أنميت ، والإصماء : ما رأيته ، والإنماء : ماتوارى عنك . وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وإن لم يقعد عن طلبه انتهى . أقول : ليس الأمر كما زعمه الزيلعى : فإن الإمام قاضيخان لم يجعل فى فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه ، بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين : عدم التوارى عن بصره ، وعدم القعود عن طلبه حيث قال : والسابع يعنى الشرط السابع أن لايتوارى عن بصره أو لايقعد عن طلبه فيكون فى طلبه ، ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده ، لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما : كل ما أصميت ودع ما أنميت . والإصماء : ما رأيته ، والإنماء : ما توارى عنك انتهى . ولا شك أن قوله والسابع أن لايتوارى عن بصره أولايقعد عن طلبه نص على أن الصيد لايحرم بمجرد التوارى عن بصره إذا لم يقعد عن طلبه ،

معقول على ذلك . فإن قيل : هذا الاحتمال باق إذا كان فى طلبه أيضا . أجاب بقوله إلا أنا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أن الاصطياد لايعرى عن ذلك ، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله . وقوله (والذى رويناه حجة على مالك فى قوله إن ما توارى عنه ما إذا لم يبت يحلّ) يعنى وإن رأى فيه أثر سبع ، واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب . لأنه إذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا . ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامى . فإن قيل : إن كان ماروى عنه عليه الصلاة والسلام من كراهته أكل الصيد إذا غاب عن الرامى حجة عليه ، فقوله عليه الصلاة والسلام « لعل هوامّ الأرض قتلته » حجة له على مامر من قصته ، فإنه عليه الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل . فالجواب أن الأصل أن خصوص السبب غير معتبر ، واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما . وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف فيه . وقوله (لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه لأن الصيد قد يخلو عن رمى الغير فاعتبر محرما ، بخلاف وهم الهوام فإن الاحتراز عنه غير ممكن لأن الصيد لابد أن يقع على الأرض والأرض

(قال المصنف : والذى رويناه حجة على مالك فى قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل ، فإذا بات ليلة لايحل) أقول : وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لايتوارى عن بصره فقال : لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر ، فلا يحل لقول ابن عباس : كل ما أصميت ودع ما أنميت . والإصماء ما رأيته ، والإنماء ما توارى عنك ، وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وإن لم يقعد عن طلبه ، وإليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله وإن توارى عنه إذا لم يبت ليلة يحل فإذا بات لايحل ، وهذا يشير إلى أنه إذا توارى عنه لايحل عندنا وإن لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله فى أول المسئلة : وإذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل ، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبنى الأمر على الطلب وعدمه لاعلى التوارى وعدمه ، وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا . ولوحمل ما ذكره على ما إذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ، ولكنه خلاف الظاهر ، كذا فى شرح الزيلعى . أما نص عبارة قاضيخان فهى : والسابع أن لايتوارى عن بصره ، أولايقعد عن طلبه ، فيكون فى طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده ، لأنه إذا غاب عن بصره الخ انتهى . ونحن نقول : ليس فيه جعل عدم التوارى شرطا بخصوصه كما ترى ، وما يدل عليه تعليله الذى ذكره من كونه شرطا بخصوصه فأمره سهل ، إذ المراد إذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقرينة وضع المسئلة ، وأما إذا لم يقعد ففيه ضرورة فليتأمل . وراجع النهاية فإنه ذكر حديث ابن عباس رضى الله عنهما (قوله ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول : فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « لعل هوام الأرض قتلته » حجة له على ما مر) أقول : فيه بحث ، لأنه حجة عليه حيث أحله وإن رأى فيه أثر سبع ، فإن احتمال قتل الهوام مع أنه لاجراحة فيه إذا كان محرما ففيما إذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرما ، والظاهر أن يقول : فكراهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له .

كالجواب فى الرمى فى جميع ماذكرناه . قال (وإذا رمى صيدا فوقع فى الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردّى منه إلى الأرض لم يؤكل) لأنه المتردية وهى حرام بالنص . ولأنه احتمل الموت بغير الرمى إذ الماء مهلك . وكذا السقوط من عال . يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة و السلام لعدىّ رضى الله عنه « وإن وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل ، فإنك لاتدرى أن الماء قتله أو سهمك » (وإن وقع على الأرض ابتداء أكل) لأنه لايمكن الاحتراز عنه ، وفى اعتباره سدّ باب الاصطياد بخلاف ماتقدم لأنه يمكن التحرز عنه . فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا . وإن كان مما لايمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع . فما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرّة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردّى إلى الأرض ، أو رماه فوقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حدّ هذه الأشياء قتله ، ومما لايمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه . أو على ماهو فى معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها ، لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء . وذكر فى المنتقى : لو وقع على صخرة فانشقّ بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر . وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى فى الأصل على غير حالة الانشقاق ، وحمله شمس الأئمة السرخسى رحمه الله على ما أصابه حدّ الصخرة فانشق بطنه بذلك ، وحمل المروى فى الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا مايصيبه من الأرض لو وقع عليها وذلك

بل إنما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا . وأما قوله لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل ، فالظاهر أن المراد به أنه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه . وأما إذا لم يقعد عن طلبه فبعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرمى ، فكان فى اعتبار عدم التوارى مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص ، وقد أشار إليه المصنف بقوله : إلا أنا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أن لايعرى الاصطياد عنه ، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله . وذكر فى الشروح والكافى « أنه صلى الله عليه وسلم مرّ بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه . فقال صلى الله عليه وسلم : دعوه فسيأتى صاحبه ، فجاء رجل فقال : هذه رميتى وأنا فى طلبها وقد جعلتها لك ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق » انتهى (قوله وإن وقع على الأرض ابتداء أكل) قال فى العناية أخذا من النهاية : يعنى إذا لم يكن على الأرض مايقتله كحدّ الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجىء انتهى . أقول : هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية هاهنا ، إذ الظاهر أن الوقوع على نحو حدّ الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الأرض . ولهذا جعل المصنف الأول قسيما للثانى فيما سيجىء ، وعدّ الأول مما يمكن التحرز عنه والثانى مما لايمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله هاهنا وإن وقع على الأرض ابتداء ما وقع على نحو حدّ الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج إلى أن يقال : يعنى إذا لم يكن على الأرض مايقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجىء .

لاتخلو عنها فلا يجعل محرما إذا لم يقعد عن الطلب . قال (وإذا رمى صيدا فوقع فى الماء الخ) كلامه واضح ، وهو فى المعنى مقيد بأن لايكون الجرح مهلكا فى الحال على ما سيأتى . قوله (وكذا السقوط من عال) وهو فى بعض النسخ من علو ، وهو لغة فى الأوّل مضموما ومفتوحا ومكسورا . وقوله (وإن وقع على الأرض ابتداء أكل) يعنى إذا لم يكن على الأرض مايقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجىء (وقوله وذكر فى المنتقى) يريد بيان ماوقع من الاختلاف بين رواية الأصل وهى قوله أو صخرة فاستقرّ عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروى فى الأصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الأئمة السرخسى رواية المنتقى على ما أصابه حدّ الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروى فى الأصل على أنه

عفو وهذا أصح . وإن كان الطير مائيا ، فإن كانت الجراحة لاتنغمس فى الماء أكل ، وإن انغمست لايؤكل كما إذا وقع فى الماء . قال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل ، وإن جرحه يؤكل) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « ماأصاب بحدّه فكل ، وما أصاب بعرضه فلا تأكل » ولأنه لابد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ماقدمناه . قال (ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها) لأنها تدقّ وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق ، وكذلك إن رماه بحجر ، وكذا إن جرحه . قالوا : تأويله إذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله ، وإن كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ، ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه ، ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لأنه قتله دقا ، وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه ، لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أولعله مات قبل قطع الأوداج ، ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا ، اللهم إلا إذا كان له حدّة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح . والأصل فى هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا ، وإذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما ، وإن وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا ، وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لايحل لأنه قتله دقا ، والحديد وغيره فيه سواء . ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ، إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق ، وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أوكبيرة ، لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم . وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار ، وعند بعضهم إن كانت كبيرة

(قوله وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة ، لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم) أقول : يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر فى كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو إخراج الدم النجس ، وأن الجرح فى أىّ موضع كان من البدن ذبح اضطرارى يصار إليه عند العجز عن الذبح الاختيارى وهو الجرح . فيما بين اللبة واللحيين ، وأن فى كل من الذبحين إخراج الدم إلا أن الاختيارى أعمل فيه من الاضطرارى فكون الدم محتبسا لضيق المنفذ أو غلظ الدم لايقتضى حل أكل المجروح بالرمى بدون الإدماء ، بل يقتضى حرمته بناء على عدم حصول المقصود بالذبح . ويمكن الجواب بأن معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن إخراجه ففى اعتبار الإدماء حرج ، فاكتفى بما هو سببه فى الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله صلى الله عليه وسلم « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار) أقول : للمانع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الإنهار بناء على عدم القول بمفهوم

لم يصبه من الآجرة إلا مايصيبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه . وفى الجملة فليس فى المسئلة روايتان ، وهذا : أى ما فعله شمس الأئمة أصح لأن المذكور فى الأصل مطلق فيجرى على إطلاقه ، وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل والأرض فى الانشقاق ، فانه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل وقد ذكرنا أنه فى معناه . وقوله (كما إذا وقع) أى غير المائى (فى الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يمضى عرضا فيصيب بعرضه لابحدّه ، والبندقة طينة مدورة يرمى بها . وقوله (إذا لم يخزق) بالزاى المعجمة خزق المعراض : أى نفذ ، وبالراء المهملة خطأ . وقوله (وكذلك إن جرحه) يعنى إذا رماه بحجر فجرحه ، فإن كان ثقيلا وبه حدة ، قالوا لايؤكل

(قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار الخ) أقول : قال الإتقانى : وهذا ضعيف عندى

حل بدون الإدماء ، ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لاتحل وقيل تحل . ووجه القولين دخل فيما ذكرناه . وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه ، فإن أدماه حل وإلا فلا . وهذا يؤيد بعض ماذكرناه . قال (وإذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد) لما بيناه (ولايؤكل العضو) وقال الشافعي رحمه الله : أكلا إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحيّ فهو ميت » ذكر الحيّ مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما ، والعضو المبان بهذه الصفة لأن المبان منه حيّ حقيقة لقيام الحياة فيه ، وكذا حكما لأنه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا ، حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم . وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح فى الباقى ، وعند زواله لايظهر فى المبان لعدم الحياة فيه ، ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الأصل . لأن المبان من الحيّ حقيقة وحكما لايحل . والمبان من الحيّ صورة لاحكما يحل وذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر مايكون

المخالفة تدبر تفهم . وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال : وهذا ضعيف عندى لأنه كما شرط الإنهار شرط فرى الأوداج أيضا . وفى ذكاة الاضطرار لايشترط فرى الأوداج ، فكذا لايشترط الإنهار انتهى . أقول : ليس هذا بسديد . لأن عدم اشتراط فرى الأوداج فى ذكاة الاضطرار للعجز عنه ولزوم الحرج فى اشتراطه ، وهذا غير متحقق فى الإنهار إذ لاعجز عن الجرح بلا ريب ، ثم إن الجرح لاينفك عن الإنهار فى الغالب فلا حرج فى اشتراط الإنهار على رأى ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « ما أبين من الحي فهو ميت » ذكر الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما ، والعضو المبان بهذه الصفة) قال الشراح : يعنى أنه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو

لاحتمال أن قتله بثقله ، وإن كان خفيفا وبه حدة أكل . والمروة : حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به ، واللهم يستعمل عقيبه إلا إذا كان المستثنى عزيزا نادرا إيذانا بأنه بلغ فى الندرة حد الشذوذ . وقوله (قيل لايحل) هو قول أبى القاسم الصفار . ووجهه أن الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح . وقيل يحل ، وهو قول أبى بكر الإسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين ، والدم قد يحتبس لغلظه أو لضيق المنفذ . وقوله (وهذا يؤيد بعض ماذكرناه) يريد به قول أبى القاسم الصفار فإنه شرط سيلان الدم . قال (وإن رمى صيدا الخ) إذا قطع بالرمى عضوا من الصيد أكل الصيد لما بينا أن الرمى مع الجرح مبيح وقد وجد ، ولا يؤكل العضو إن أمكن حياته بعد الإبانة وإن لم يمكن أكلا . وقال الشافعى ، وهو مذهب ابن أبى ليلى إن مات الصيد منه أكل لأنه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حلّ المبان (والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار) وذلك لأن قطع أىّ عضو كان فى ذكاة الاضطرار كقطع الرأس فى ذكاة الاختيار ، والرأس يؤكل فى ذكاة الاختيار فكذا العضو المبان فى ذكاة الاضطرار (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحيّ فهو ميت ») ووجه الاستدلال أنه ذكر الحيّ مطلقا ، والمطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ، والكامل هو الحيّ حقيقة وحكما ، والعضو المبان بهذه الصفة : يعنى أبين من الحي حقيقة وحكما ، أما حقيقة فلقيام الحياة به ، وأما حكما فلأنه يتوهم حياته بعد إبانة هذا العضو ، ولهذا : أى ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز أن يكون موته بوقوعه فى الماء . وقوله (أبين بالذكاة) ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا أن ما أبين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة هاهنا لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو

لأنه كما شرط الإنهار شرط فرى الأوداج أيضا . وفى ذكاة الاضطرار كما لايشترط فرى الأوداج فكذا لا يشترط الإنهار انتهى . وفيه بحث ، إذ لاملازمة بينهما ، وعدم اشتراط الأول فى ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل فى الثانى (قوله وتقريره سلمنا الخ) أقول : هذا التسليم لايلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لاوجه له .

فى المذبوح فإنه حياة صورة لا حكما . ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردّى من جبل أو سطح لايحرم فتخرج عليه المسائل . فنقول : إذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحلّ المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى (ولو قدّه بنصفين أو قطعه أثلاثا والأكثر مما يلى العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لأن المبان منه حى صورة لا حكما . إذ لايتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح . والحديث وإن تناول السمك وما أبين منه فهو ميت . إلا أن ميتته حلال بالحديث الذى رويناه (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج) ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع . وإن ضربه من قبل القفا . إن مات قبل قطع الأوداج لايحل . وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حل . ولو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا ولم يبنه : إن كان يتوهم الالتئام والاندمال فإذا مات حل أكله) لأنه بمنزلة سائر أجزائه . وإن كان لايتوهم بأن بقى متعلقا بجلده حل ماسواه لوجود الإبانة معنى والعبرة للمعانى . قال (ولا يؤكل صيد المجوسى والمرتد والوثنى) لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على مابيناه فى الذبائح . ولا بد منها فى إباحة الصيد بخلاف النصرانى واليهودى لأنهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا . قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثانى ويؤكل) لأنه هو الآخذ ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذ » (وإن كان الأول أثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للأول ولم يؤكل)

المبان بهذه الصفة : أى أبين من الحى حقيقة وحكما . أقول : المقدمة القائلة أن المطلق ينصرف إلى الكامل شائعة فى ألسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة فى الظاهر لما تقرر فى أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجرى على إطلاقه . كما أن المقيد يجرى

حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح فى الباقى على وجه يمكن الحياة بعده إذ الفرض ذلك . والجرح يعتبر ذكاة إذا مات منه ، أو يكون على وجه لايمكن الحياة بعده . ولهذا لو وجده وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لابد من ذبحه وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة إلى الصيد ، لكنه ليس بذكاة بالنسبة إلى المبان لعدم تأثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذ . فإن قيل : فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع . أجاب بقوله ولا تبعية : يعنى الأقل يتبع الأكثر إذا لم ينفصل عنه . وهاهنا قد انفصل فزالت التبعية . والأصل المذكور فى الكتاب ظاهر . وقوله (والأكثر مما يلى العجز) احتراز عما إذا كان الأكثر مما يلى الرأس فإنه يؤكل الأكثر لا غير . وهذا لأن الأوداج من القلب إلى الدماغ . فإن أبان الثلث مما يلى العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الأوداج . وإنما وقعت بموته . والجزء مبان عند ذلك . وأما إذا أبان الثلث مما يلى الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الأوداج نفسه . وحينئذ لم يكن الجزء مبانا . والباقى ظاهر . وقوله (ولا يؤكل صيد المجوسى) مبناه ماتقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها فى إباحة الصيد . قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه الخ) اعلم أن الرجلين إذا رميا صيدا فذاك ينقسم إلى قسمين : إما أن يرمياه معا أو متعاقبا . والأول على أوجه : فإنه إذا رمياه معا فإما أن يصيبا معا أو يصيب أحدهما أولا . فإن أصاب فإما أن يثخنه قبل إصابة الثانى أولا . والثانى كذلك فإنه إما إن رماه الثانى قبل إصابة السهم الأول أو بعدها . فإن كان الثانى فإما أن يثخنه الأول أو لم يثخنه . والأول بوجوهه والوجه الأول من الثانى غير مذكور فى الكتاب . وأنا أذكر ذلك تكملة للإفادة . فإن رميا معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا . ويؤكل لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمى . فإنه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابت الرميتان معا فاستويا فى السببية ، وذلك يوجب المساواة فى الملك . وإن رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فأثخنه : أى أضعفه

(قوله فإن أصاب ، فإما أن يثخنه قبل إصابة الثانى أولا والثانى كذلك) أقول : يعنى إذا رميا متعاقبا (قوله اعتبارا بحال الرمى) أقول : اعتبار حالة الرمى هنا ليس لأنه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فإنه فى تلك الحالة أيضا صيد مباح . بل لكون المنظور عند الثلاثة ذلك

لاحتمال الموت بالثانى . وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار . بخلاف الوجه الأول . وهذا إذا كان الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد لأنه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمى الثانى . وأما إذا كان الأول بحال لايسلم منه الصيد بأن لايبقى فيه من الحياة إلا بقدر مايبقى فى المذبوح . كما إذا أبان رأسه يحل لأن الموت لايضاف إلى الرمى الثانى لأن وجوده وعدمه بمنزلة . وإن كان الرمى الأول بحال لايعيش منه الصيد إلا أنه بقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوما أو دونه : فعلى قول أبى يوسف لايحرم بالرمى الثانى . لأن هذا القدر من الحياة لاعبرة بها عنده . وعند محمد يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ماعرف من مذهبه . فصار الجواب فيه والجواب فيما إذا كان الأول بحال لايسلم منه الصيد سواء فلا يحل . قال (والثانى ضامن لقيمته للأول غير مانقصته جراحته) لأنه بالرمى أتلف صيدا مملوكا له لأنه ملكه بالرمى المثخن وهو منقوص بجراحته . وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف . قال رضى الله عنه : تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثانى بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثانى بحال لايسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا إلى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للأول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا . كما إذا قتل عبدا مريضا

على تقييده فتأمل فى التوفيق (قوله قال رضى الله عنه : تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثانى بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول : لقائل أن يقول : تأويل المسئلة هاهنا بما ذكره بعد أن أوّلها مرة فيما قبل بقوله وهذا إذا كان الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا : لأن مجموع التأويلين متعلق بمسئلة واحدة مذكورة فى مختصر القدورى وهى قوله وإن كان الأول أثخنه فرماه الثانى فقتله لم يؤكل . والثانى ضامن لقيمته للأول غير مانقصته جراحته انتهى . فلما أوّل المصنف قوله لم يؤكل بما إذا كان الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد تعين أن يكون أيضا قوله والثانى ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته فيما إذا كان الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد . لأن قوله والثانى ضامن لقيمته للأوّل فرع قوله لم يؤكل ، فما هو شرط فى الأصل شرط فى الفرع أيضا . وإذا علم أن الرمى الأوّل كان بحال ينجو منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمى الثانى فلا حاجة إلى التأويل الثانى . ثم أقول : فى الجواب : إن كون الرمى الأول بحال ينجو منه الصيد إنما يقتضى أن لايحصل القتل بالرمى الأول فقط ، ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرمى الثانى وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين ، إذ قد يكون فى حالة الاجتماع

وأخرجه عن حيز الامتناع ثم أصاب سهم الآخر فقتله فهو للأول ، وحل أكله عندنا ، خلافا لزفر . هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثانى أصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة . ونحن نعتبر للحل حالة الإرسال لأن الإصابة بالمحل تبيحه ولهذا تعين التسمية حالة الإرسال والإرسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثانى حظر . وللملك حالة الاتصال لأن الملك يتصل بالمحل ، وسهم الأول أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل به الثانى ، وإن لم يثخنه فهو للثانى وهو ظاهر . وإن رماه الثانى بعد ما رماه الأول قبل أن يصيب سهمه وهو الأول من القسم الثانى فحكمه حكم مالو رمياه معا هو لهما وحل أكله . وأما المذكور فى الكتاب فقد أمعن المصنف فى بيانه ، ونشير إلى بعض ألفاظه إن خفى . فقوله (هذا) إشارة إلى قوله ولم يؤكل .

لدليل ساقهم إليه كما يذكره (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول : يعنى الاتصال بالمحل (قوله والمحل صيد) أقول : الواو حالية (قوله وللملك حالة الاتصال) أقول : عطف على قوله للحل فى قوله ونحن نعتبر للحل (قوله وسهم الأول أخرجه) أقول: الواو حالية (قوله وإن لم يثخنه) أقول: معطوف على قوله فأثخنه : أى أضعفه الخ (قوله فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل أكله) أقول لا بد هاهنا من تفصيل ، فإن ما ذكره إذا أصاب السهمان معا ، وأما إذا أصاب الثانى بعد إصابة الأول فإما أن أثخنه الأول أو لم يثخنه (قال المصنف وأما إذا كان الأول بحال لايسلم منه الصيد بأن لايبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى فى المذبوح) أقول : الأظهر أن يقول : فإن لم يبق فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى فى المذبوح يحل الخ . وإن بقى فيه أكثر مما يبقى فى المذبوح الخ فإن ما ذكره بقوله بأن لايبقى الخ تفصيل لقوله أما إذا كان الأول بحال لايسلم منه الصيد كما لايخفى .

وإن علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لايدرى . قال فى الزيادات : يضمن الثانى مانقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه . أما الأول فلأنه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا . وأما الثانى فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ، لأن الأولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا . وأما الثالث فلأن بالرمى الأول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى ، فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه . ولا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه ، وإن كان رماه الأول ثانيا فالجواب فى حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامى غيره ، ويصير كما إذا رمى صيدا على قمة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لايحل لأن الثانى محرم ، كذا هذا . قال (ويجوز اصطياد مايؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل) لإطلاق ماتلونا . والصيد لايختص بمأكول اللحم . قال قائلهم :

صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدى الأبطال

ولأن صيده سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شرّه وكل ذلك مشروع .

مالا يكون فى حالة الانفراد ومراد المصنف بالتأويل الثانى التقييد بما علم كون القتل حاصلا بالرمى الثانى وحده ، والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لايدرى ، ولا يفيد التأويل الأول هذا التقييد لأن القيد الذى ذكره أولا أعم تحققا من القيد الذى ذكره ثانيا لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمى الثانى وحده ، وإنما المقصود من التأويل الأول الاحتراز عما إذا كان الرمى الأول بحال لايسلم منه الصيد بأن لايبقى فيه من الحياة إلابقدر مايبقى فى المذبوح ، وعما إذا كان الرمى الأول بحال لايعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل ، فلا استدراك أصلا بل أصاب كل من التأويلين مجراه .

وقوله (وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أولايدرى قال فى الزيادات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل . وحكمه أنه لم يؤكل لأن إحدى الرميتين تعلق بها حظر والأخرى تعلق بها الإباحة . وإنما لم يذكره المصنف لأنه يعلم من ضمان اللحم ، وإنما كان حكم صوره الجهالة وهى أن لايدرى أن الموت حصل بأيهما كصورة العلم بذلك . لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف إليهما. قيل كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة ، وهو فاسد لأن ضمان نقصان الجراحة إنما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه . وقوله (وإن كان رماه الأول ثانيا) يعنى أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامى الثانى غير الرامى الأول . وهذا فيما إذا رماه الأول ثانيا . قوله (فالجواب فى حكم الإباحة الخ) يعنى لافى حكم الضمان ، لأن الإنسان لايضمن ملك نفسه بفعله لنفسه ، والباقى واضح .

(قال المصنف : وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى) أقول : هذا يوهم أن بين المسئلتين فرقا : أعنى بين ما إذا حصل القتل بالثانى وحده أوبهما وليس كذلك ، بل لافرق بينهما لأنه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الأول ، إلا أنه بين فى المسئلة الأولى جميع الحاصل ، وفى الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان : أى عدم الفرق بين المسئلتين ، إلى آخر ما ذكره الإمام الزيلعى فراجعه (قال المصنف : قال قائلهم :

صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدى الأبطال)

أقول : البيت لعنترة العبسى وهو جاهلى ، وهم كانوا يأكلون الثعالب وما هو شر منها ، فإن كان استدلاله بها فى تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين ، فقد ذهب الشافعى وغيره إلى القول بحله ، وإن كان استدلاله بصيد الأبطال فقتل الأبطال لايسمى صيدا إلا بقرينة فهو مجاز ، وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسدا ، ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لايختص بمأكول اللحم .

(كتاب الرهن)

الرهن لغة : حبس الشيء بأيّ سبب كان . وفى الشريعة : جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون ، وهومشروع بقوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ وبما روى « أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه » وقد انعقد على ذلك الإجماع ، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر

(كتاب الرهن)

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث أن كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا فى الشروح . أقول : يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ماذكر فى كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لإيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد . والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة فى الكتب السابقة واللاحقة تقتضى إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد ، وإلا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة ، وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة فى نظائر هذا المقام فلا تغفل . ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبى الدائن والمديون كما فصل فى النهاية ومعراج الدراية . وسببه ماذكر فى سائر المعاملات من تعلق البقاء المقدر بتعاطيه . وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجىء كل ذلك فى الكتاب شيئا فشيئا صراحة أوإشارة فتنبه له فى موضعه إن شاء الله تعالى (قوله الرهن فى اللغة حبس الشيء بأيّ سبب كان . وفى الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء : هذا تعريف الرهن التام أو اللازم ، وإلا ففى انعقاد الرهن لايلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لاشك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق ، إلا أن للعاقد الرجوع عنه مالم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ، ولكن لايلزم ذلك إلا بعد القبض ، والمأخوذ من التعريف المذكور فى الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه ، فيصدق هذا

(كتاب الرهن)

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال . ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون . وسببه ماذكرنا غير مرة . وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور فى الكتاب ، وسنذكره شيئا فشيئا . أما تفسيره فما ذكره (الرهن لغة حبس الشيء بأيّ سبب كان . وفى الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه) أى استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون (كالديون) وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص . وأما مشروعيته فبقوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ وهوجمع رهن كعباد فى جمع عبد ، وبما روى « أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهوديّ طعاما ورهنه درعه » . وبالإجماع فإن الأمة اجتمعت على جوازه من غير نكير ، وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب

(كتاب الرهن)

(قال المصنف : وفى الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون) أقول : هذا تعريف الرهن التام أو اللازم وإلا ففى انعقاد الرهن لايلزم الحبس ، بل ذلك بالقبض ، والكاف فى قوله كالديون مقحم إن كان الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها رهنا بالدين ، وإلا فلا إقحام .

بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة . قال (الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض) قالوا : الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة .

التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بلاريب . ثم إن الإمام النسفى لما قال فى الكنز : هو حبس شىء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين . قال الزيلعى فى شرحه : هذا حدّه فى الشرع . ثم قال : وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لايجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه انتهى . أقول : فيه نظر . لأن الظاهر المتبادر من الكاف فى قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا . فإن لم يكن فى قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لايكون فيه إشارة إلى انحصار مايجوز الرهن به فى الدين فلا وجه لقول الزيلعى قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لايجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول) قال فى العناية : ركن الرهن الإيجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علىّ وما أشبهه . والقبول وهو قول المرتهن قبلت لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول . وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول بأن قال : هذا منقوض بعقد التبرعات . وقال : إلا أن يخص العقد فى الصغرى بما سوى التبرّع . أقول : ليس شىء من إيراده وتوجيهه بمستقيم . أما الأول فلأن من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لايكون إلا بمجموع الإيجاب والقبول يقول بأن الأمر كذلك فى سائر عقد التبرعات أيضا واختلاف المشايخ فى أن القبول هل هو ركن كالإيجاب أم لا ؟ ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر فى أوائل كتاب الهبة . فلا انتقاض بشىء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن فى كل عقد . وقول **القدورى** الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول وتعليل صاحب العناية إياه بقوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول مبنى على أصل هؤلاء المشايخ . وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا : الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرع . وأوضحه صاحب العناية فى شرحه . وأما الثانى فلأنه لو خص العقد فى الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لأنه أى الرهن عقد غير تبرع ، وكل عقد غير تبرع ينعقد بالإيجاب والقبول . ولا شك أن الصغرى تصير حينئذ كاذبة إذ لم يقل أحد بأن عقد الرهن ليس بعقد تبرع . بل أطبقت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قالوا : الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل : لأنه عقد تبرع . وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع . فالرهن يتم بالمتبرع . أما أنه عقد تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيئا

الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب . وتقريره أن للدين طرفين : طرف الوجوب وطرف الاستيفاء ، لأنه يجب أولا فى الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة وهى الكفالة جائزة ، فكذا الوثيقة التى تختص بالمال ، بل بطريق الأولى لأن الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة إليه . قال (الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول) ركن الرهن الإيجاب ، وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علىّ وما أشبهه . والقبول : وهو قول المرتهن قبلت ؛ لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول . وعلى ذلك عامة المشايخ (قالوا) أراد به شيخ الإسلام خواهر زاده (الركن بالإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع ، وكل ماهو كذلك يتمّ بالمتبرّع) فالرهن يتم بالمتبرع ، أما أنه عقد تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ماأثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه . ولا نعنى بالتبرع إلا ذلك . وأما أن كل ماهو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة . وفيه نظر لأنه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك . والجواب أن المراد بالاستيجاب مايكون ابتداء والرهن ليس كذلك .

وسيجىء التفصيل فى الورق الآتى (قوله لأنه عقد ، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول) أقول : منقوض بعقد التبرعات ، إلا أن يخص العقد فى الصغرى بما سوى التبرع ، وسيجىء تحقيقه من الشارح (قال المصنف : لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة) أقول : فى أول كتاب الهبة أنها تصح بالإيجاب والقبول ، وعلله المصنف بأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول فليتأمل (قوله ما أثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه) أقول : ضمير عليه راجع إلى المرتهن (قوله وفيه نظر لأنه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول : ضمير لأنه راجع إلى الراهن ،

والقبض شرط اللزوم على مانبينه إن شاء الله تعالى . وقال مالك : يلزم بنفس العقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ، ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة . ولنا ما تلونا ، والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الأمر ،

عليه ، ولا نعنى بالتبرع إلا ذلك . وأما أنّ كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة ، وقال : فيه نظر . لأنه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك . والجواب أن المراد بالاستيجاب مايكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى . أقول : فى الجواب بحث : لأن الراهن إن لم يستوجب شيئا على المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا فى البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك ، فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه . بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن فى يده فينبغى أن لايتم بإيجاب الراهن وحده . بل لابد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضا حتى يتم جعلنا إياه مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ماسيجىء تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط اللزوم على ما نبينه) قال فى العناية : كأنه تفسير لقول القدورى ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم ، وهو أيضا اختيار شيخ الإسلام ، وهو مخالف لرواية عامة الكتب . قال محمد : لايجوز الرهن إلا مقبوضا . وقال الحاكم فى الكافى : لايجوز الرهن غير مقبوض . وقال الطحاوى فى مختصره : ولا يجوز إلا مقبوضا مفرغا محوزا . وقال الكرخى فى مختصره : قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد : لايجوز الرهن إلا مقبوضا ، إلى هنا لفظ العناية . وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما فى الكتاب لرواية عامة الكتب فقال : سبق فى كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاتجوز الهبة إلا مقبوضة » والقبض ليس بشرط الجواز فى الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى . أقول : هذا قياس مع الفارق ، إذ قد دعت الضرورة هناك إلى صرف نفى الجواز عن ظاهره ، إذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالإجماع . فحملنا نفى الجواز بدون القبض فى قوله عليه الصلاة والسلام « لاتجوز الهبة إلامقبوضة » على نفى ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له . وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفى ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفى والاستثناء ، إذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال أصلا فبقى نفى الجواز هاهنا على ظاهره . قوله (ولنا ما تلونا . والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الأمر) نظيره قوله تعالى ـ فضرب الرقاب ـ أى فاضربوها وقوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ أى فليحررها

قوله (والقبض شرط اللزوم) كأنه تفسير لقول القدورى ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم ، وهو أيضا اختيار شيخ الإسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب . قال محمد : لايجوز الرهن إلا مقبوضا . وقال الحاكم الشهيد فى الكافى : لايجوز الرهن غير مقبوض . وقال الطحاوى فى مختصره : لايجوز الرهن إلا مقبوضا مفرغا محوزا . وقال الكرخى فى مختصره : قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد : لايجوز الرهن إلا مقبوضا . وقال مالك : يلزم الرهن بنفس العقد لأنه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ، ولأنه عقد وثيقة فلايكون القبض شرطا كالكفالة (ولنا ماتلونا) من قوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الأمر كما فى قوله تعالى ـ فمن كان مريضا أو على سفر فعدّة من أيام أخر ـ أى فليصم ، وكما فى قوله تعالى ـ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ـ أى فليحرر فيكون تقديره والله أعلم : وإذا كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا ، لكن ترك كونه معمولا به فى حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالإجماع فوجب أن يعمل فى شرطه وهو القبض كما فى قوله صلى الله عليه وسلم « الحنطة بالحنطة مثلا بمثل » بالنصب : أى بيعوا ، فلم يعمل الأمر فى نفس البيع لأن البيع مباح فصرف إلى شرطه وهو المماثلة فى أموال

وضمير عليه وصيرورته راجعان إلى المرتهن (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب . قال محمد : لايجوز الرهن إلا مقبوضا) أقول : سبق فى كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاتجوز الهبة إلا مقبوضة » والقبض ليس بشرط الجواز فى الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل (قوله كما فى قوله تعالى ـ فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ـ) أقول : فإن التقدير : فصوموا عدة .

ولأنه عقد تبرّع لما أن الراهن لايستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لايجبر عليه فلابد من إمضائه كما

وقوله تعالى ـ فعدّة من أيام أخر ـ بتقدير فصوم عدة من أيام أخر : أى فليصم عدة من أيام أخر . فكان المصدر فيما تلونا هاهنا أيضا وهو قوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ بمعنى الأمر : أى فارهنوا وارتهنوا . ثم لما كان بمعنى الأمر ولم يعمل بموجب الأمر الذى هو الوجوب واللزوم فى حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالإجماع وجب أن يعمل به فى شرطه وهو القبض كما قلنا فى قوله عليه الصلاة والسلام « الحنطة بالحنطة مثلا بمثل » بالنصب : أى بيعوا ، فلم يعمل الأمر فى نفس البيع لأن البيع مباح غير واجب فصرف إلى شرطه وهو المماثلة فى أموال الربا ، فكذا هنا . هذا زبدة ماذكر فى جملة الشروح فى شرح هذا المقام . ثم إن كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف هاهنا ، فقال صاحب النهاية : فى تسميته الرهان بالمصدر نظر ، لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال ، كذا فى كتب اللغة ، ولأن قوله مقبوضة بالتأنيث دالّ على أنه جمع وليس بمصدر ، ولو تمحل متمحل بتصحيح مافى الكتاب بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء ، والرهان لما كان مصدرا على قول صاحب الكتاب كان إرادة المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون ، ثم أنث المرهون بتأويل السلعة أو العين فقيل مقبوضة بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة لكان وجها بعيدا ، إذ فى الأول ورود الإلباس وفى الثانى لايبقى المصدر بحقيقته والله أعلم ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب غاية البيان : وقد سمى صاحب الهداية الرهان مصدرا كما ترى ، وكذلك ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى فى شرح الكافى . ولنا فيه نظر ، لأنه خلاف ماثبت فى قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الأدب وغيرهما ، لأنهم قالوا : الرهان جمع رهن ، وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمتين ، والرهينة بمعنى الرهن أيضا وجمعها رهائن . نعم الرهان يجىء مصدرا من قولهم راهنه على كذا : أى خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة ، ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ، ولو كان المصدر هو المراد فى الآية لم يحتج فى صفة الرهان إلى تاء التأنيث فافهم ، إلى هنا لفظه . وقال صاحب الكفاية : فى تسميته الرهان بالمصدر نظر

الربا فكذا هذا . وفيه بحث من أوجه : الأول ماقيل إن المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن . والثانى أنه يجوز أن يكون الأمر للإباحة بقرينة الإجماع فينصرف إلى الرهن لا إلى القبض . والثالث أن القبض إن كان شرطا للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة إلى الدليل . والرابع أن الآية متروكة الظاهر ، لأن ظاهرها يدل على أن الرهن إنما يكون فى السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك . ومتروك الظاهر لايصلح حجة . والجواب عن الأول أنه مما يقضى منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك ، وإسناد ـ مقبوضة ـ إلى ضمير المصدر مجاز عقلى كما فى : سيل مفعم . وعن الثانى أن الأمر فى الوجوب حقيقة كما عرف ، والإجماع لايصلح قرينة للمجاز لأن المجاز هو اللفظ المستعمل فى غير ما وضع له بقرينة والإجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ ، وإعمال الحقيقة فى الرهن غير ممكن فصرف إلى القبض . وعن الثالث أن الدليل لإلزام مالك رحمه الله حيث لايجعل شرط اللزوم ولا الجواز ، وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضى ، والتراضى وصف لازم فى التجارة فكذا القبض فى الرهن . لايقال : هذا استدلال بمفهوم الصفة ، وهو ليس بصحيح ، إما لأن ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره ، وإما لأن عدم الصحة إنما يكون إذا لم تكن الصفة مقصودة ، وقد ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف إليها . وعن الرابع بأنا لانسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة ، لأن النصوص المؤوّلة متروكة الظاهر وهى عامة الدلائل ، هذا ماسنح لى فى هذا الموضع والله أعلم . وقوله (ولأنه عقد تبرّع) دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح .

(قوله الأول ماقيل) أقول : القائل هو الإتقانى والكاكى (قوله ولا حاجة إلى الدليل) أقول : كيف لايحتاج إلى الدليل وهى مسئلة فرعية لاتسلم إلا عن دليلها من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس (قوله والجواب عن الأول أنه مما يقضى منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك) أقول : فيه بحث ، فإن الذى جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون ، يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازى

فى الوصية وذلك بالقبض ، ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع .

لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال ، وقوله مقبوضة بالتأنيث دالّ على أنه جمع وليس بمصدر ، وإنما قال : والمصدر المقرون لأن تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى . وقال صاحب معراج الدراية : وفى النهاية : فى تسمية الرهان بالمصدر نظر ، لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا فى كتب اللغة ، ويدل عليه قوله ـ مقبوضة ـ بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر . وقال فى الفوائد الشاهية : يجوز أن يكون الرهان مصدرا من باب المفاعلة كالقتال والضراب ، ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة ، وأنث المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة ، ويجوز أن يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول وأنث المرهون لما ذكرنا ، ويجوز أن يكون الرهان قائما مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا تقديرا لا تحقيقا ، إلى هنا كلامه . وأما صاحب العناية فعدّ ما استشكلوه أمرا هينا وتعجب منه حيث قال : قيل إن المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ، ثم قال : والجواب عنه أنه مما يقضى منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك ، وإسناد مقبوضة إلى ضمير المصدر مجاز عقلى كما فى : سيل مفعم انتهى . أقول : منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر فى كتب اللغة وكتب التفسير ، لأن كون الرهان جمع رهن أمر مقرر ، وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل هو جمع رهن بمعنى المرهون . قال فى المغرب : والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن . وقال فى القاموس : الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمتين . وقال فى الصحاح : الرهن معروف ، والجمع رهان مثل حبل وحبال . وقال فى تفسير القاضى : رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون ، وكذا فى سائر التفاسير . ثم إن كون إسناد ـ مقبوضة ـ إلى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا ضرورة داعية إليه وهى منتفية فى الآية المزبورة ، إذ يصح المعنى ويحسن جدا بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الإسناد إذ ذاك حقيقيا ، فما معنى العدول عنه وبناء استدلالنا بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين . ثم إن تمثيله المجاز العقلى الذى ذهب إليه هاهنا بسيل مفعم قبيح جدا ، فإن المفعم اسم مفعول أسند إلى الفاعل كما عرف فى موضعه وليس مما أسند إلى المصدر ، بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب إليه ، فالمناسب فى التمثيل هاهنا أن يقول كما فى شعر شاعر على ما ذكر فى كتب علم البلاغة . ثم أقول : التوجيهات التى ذكرت فى سائر الشروح لتصحيح ما فى الكتاب كلها أيضا خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين ، فالإنصاف أن التمسك بمثلها لا يفيد القطع ولا الإلزام على الخصم ، ولكن الأقرب والأشبه من بينها أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة ، على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفا كما فى قوله تعالى ـ فعدّة من أيام أخر ـ فإن التقدير فيه : فصوم عدّة من أيام أخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية ، لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء : هذا منقوض بصورة الصرف ، فإنه لابد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف انتهى . أقول : الجواب عن

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد بها رفع المانع ، ووجه ظاهر الرواية واضح . وقوله (لأنه) أى قبض الرهن

الاستعمال أيضا ، ولعل الأولى أن يقال : التقدير فرهن رهان كما فى قوله تعالى ـ فعدة من أيام أخر ـ وذلك مراد المصنف ، ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضى فى تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى . وما قاله الإمام عمر النسفى فى تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقا له . وما قاله الشيخ النسفى أيضا فى تفسيره : ثم الرهن مصدر والمصادر قد تجعل أسماء ويزول عنها عمل الفعل ، فإذا قال : رهنت عند زيد رهنا لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به ، كما يقال رهنت زيدا ثوبا ، ولما جعل اسما جمع كما يجمع الأسماء رهن ورهان انتهى ، وهكذا فى التفسير الكبير . (قال المصنف : لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) أقول : منقوض بصورة الصرف ، فإنه لابد فيها من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل ، إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف .

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لايثبت فى المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب، بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشترى وليس بموجب ابتداء والأول أصح . قال(وإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد(ومالم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن) لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لايحصل قبله . قال(وإذا سلمه إليه فقبضه دخل فى ضمانه)

هذا النقض هين . فإن التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض فى الصرف إنما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « يدا بيد » كما تقرّر فى محله . والقياس يترك بالنص على ماعرف . بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يرد فيه نص يقتضى حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف أنه لايثبت إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية : فيه نظر ، لأن القبض بعقد التبرّع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرّع والضمان منافاة ، ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع انتهى . أقول : هذا النظر فى غاية السقوط ، لأن جهة التبرّع فى الرهن غير جهة الضمان فيه ، فإن جهة التبرع فيه من حيث أنه يجعل محبوسا فى يد المرتهن بلا استيجاب شىء عليه بمقابلة ذلك ، وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث أنه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه . والمنافاة بين التبرع والضمان إنما تلزم أن لوكانا من جهة واحدة وليس فليس . والعجب من صاحب العناية أنه كيف خفى عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتى فى الكتاب من تفصيل دليلنا العقلى على مسئلة أنه إذا سلم الراهن المرهون إلى المرتهن دخل فى ضمانه (قوله فإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام :

(قبض موجب للضمان ابتداء) لأنه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن . وكل قبض هذا شأنه لايكتفى فيه بالتخلية كما فى الغصب ، فإن المغصوب لايصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون . وفيه نظر لأن القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ، ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع فلا ينعقد الرهن إلا بالإيجاب والقبول ، وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض فى الشراء ناقل للضمان من البائع إلى المشترى لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشترى مضمونا على البائع بالثمن ، وبالتسليم إليه ينتقل الضمان منه إليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء . وقوله (والأول) أى وجه الظاهر (أصح) لأن الرهن توثقة لجهة الاستيفاء ، وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يخلى الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته ، إذ الحقيقة أقوى من الجهة ، وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى . وأما الوصف المذكور فى وجه غير الظاهر وهو كون القبض فى الشراء ناقلا للضمان وفى الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين . وقوله (فإذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه ، وقد تقدم فى الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضى الكمال ، والكامل فى القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك . وقوله محوزا احتراز عن رهن التمر على رءوس النخل بدونها . وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه . وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع فى الرهن ، فإن قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم ، وإن لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه

(قوله لأنه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد) أقول : الأولى أن يقال قبل القبض (قوله وما ثبت به الأقوى يثبت به الأدنى) أقول : لم لايجوز أن يحتاج الأدنى لضعفه إلى مايقويه ويؤكده (قوله فلا يكاد يبين) أقول : فيه بحث (قوله محوزا احترازعن رهن التمرعلى رءوس النخل بدونها . وقوله مفرغا احتراز عن عكسه . وقوله متميزا احتراز عن الشيوع فى الرهن) أقول : قال صدر الشريعة فى شرحه للوقاية : فقبض محوزا : أى مقسوما غير شائع مفرغا : أى غير مشغول لحق الراهن حتى لايجوز رهن الأرض بدون النخل والشجرة بدون الثمر ، ودار فيها متاع الراهن بدون المتاع مميزا : أى إن كان متصلا بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه ، فالمفرغ والمميز يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه ، وهو ليس بمرهون ، سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة ، والمميز يتعلق بالحاصل فى المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون إذا كان اتصاله به خلقة ، حتى لوكان اتصاله بالمجاورة لايضر كرهن المتاع الذى فى بيت الراهن انتهى فتأمل التغاير بين التفسيرين .

وقال الشافعي رحمه الله : هو أمانة في يده ، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام « لايغلق الرهن، قالها ثلاثة ، لصاحبه غنمه وعليه غرمه » . قال : ومعناه لايصير مضمونا بالدين . ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لايسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك . وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة ، والسقوط بالهلاك يضادّ ما اقتضاه العقد إذا لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده « ذهب حقك » وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا عمى الرهن فهو بما فيه » معناه : على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك . وإجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته ، والقول بالأمانة خرق له ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لايغلق الرهن » على ما قالوا الاحتباس الكلى والتمكن بأن يصير مملوكا له . كذا ذكر الكرخي عن السلف

قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضى الكامل ، والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك انتهى . أقول : لقائل أن يقول : هذا البسط والتقرير يقتضى أن لايثبت القبض بالتخلية في باب الرهن ، بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون ، إذ لا شك أن الكامل في القبض هو الثانى ، وهذا

لما ذكرنا أن اللزوم أو الجواز بالقبض ، إذ المقصود وهو الاستيفاء لايحصل قبله : أى قبل القبض . فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه . وقال الشافعي : هو أمانة في يده لايسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم « لايغلق الرهن » قالها أى هذه الألفاظ ثلاثا « لصاحبه غنمه » : أى زوائده « وعليه غرمه » أى هلاكه . قال : ومعناه لايصير : أى الرهن مضمونا بالدين . ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة ، فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده « ذهب حقك » وحقه الدين فيكون ذاهبا . لا يقال : المراد به ذهب حقك من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر ، لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الإخبار عنه ، والثانى ليس بحق له ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكرا « أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن : ذهب حقك » فذكر الحق منكرا ، ثم أعاده معرفا . وفي ذلك يكون الثانى عين الأول . كذا في النهاية . وفيه نظر ، لأن أحدهما كلام الراوى والآخر كلام النبيّ عليه الصلاة والسلام . ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة . إلا إذا علم أن المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا عمى الرهن فهو بما فيه » معناه على ما قالوا : إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ماهلك : يعنى إذا قال الراهن لا أدرى كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال : يكون الرهن بما فيه ، حكى هذا التأويل عن أبى جعفر . وقوله (مع اختلافهم في كيفيته) يعنى أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته . وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه مضمون بالقيمة . وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وهكذا روى عن عليّ رضى الله عنه في بعض الروايات . وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين . واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون . فالقول بكونه أمانة خرق للإجماع ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لايغلق الرهن » على ماقالوا : الاحتباس الكلى : أى يصير مملوكا له ، كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما . وقال مالك رحمه الله : وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به ، فيقول الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له وإلا فالرهن لك بما فيه ، فهذا لايصح ولا يحل ، وهذا الذى ينهى عنه فإن جاء صاحبك بما فيه بعد الأجل فهو له . وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوى في شرح الآثار : ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب : يعنى أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن

(قال المصنف : وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا عمى الرهن فهو بما فيه ») أقول : الباء للمقابلة والمعاوضة .

ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس ، لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم ، قال الله تعالى ـ كل نفس بما كسبت رهينة ـ وقال قائلهم :

وفارقتك برهن لا فكاك له   يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء . ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن ، وليكون

خلاف ماتقرر فى ظاهر الرواية وبخلاف ماهو المختار فى عامة المعتبرات (قوله لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى ـ كل نفس بما كسبت رهينة ـ وقال قائلهم :

وفارقتك برهن لا فكاك له   يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا)

قال فى العناية : قيل الدوام إنما فهم من قوله لا فكاك له لامن لفظ الرهن . وأجيب بأنه لما دام وتأبد بنفى انفكاك دل أنه ينبئ عن الدوام ، إذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفى مايعترضه ، بل كان الدوام يثبت بإثبات مايوجبه . فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى . أقول : السؤال والجواب فى الأصل لتاج الشريعة . لكن الجواب ليس بتام عندى لأن قوله إذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفى مايعترضه ممنوع فإن مايعترضه إذا كان مناقضا لدوامه يلزم من نفى ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمرا خارجا عنه وإلا يلزم ارتفاع النقيضين معا ، وما نحن فيه كذلك ، إذ لاشك أن فكاك الرهن ينافى ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وإن كان دوامه مما لم يوجبه نفسه بل كان بسبب خارج ، فلم يثبت

فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص ، وإن بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل . وقوله (لأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء) دليل معقول على المطلوب . وتقريره : الثابت للمرتهن يد الاستيفاء . ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس ، لأن الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم ، قال الله تعالى ـ كل نفس بما كسبت رهينة ـ أى محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصى . وقال زهير :

وفارقتك برهن لا فكاك له   يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لايمكن فكاكه ، وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم . قيل الدوام إنما فهم من قوله لافكاك له لامن لفظ الرهن . وأجيب بأنه لما دام وتأبد بنفى الفكاك دل أنه عن الدوام ، إذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفى مايعترضه بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه ، فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم ، والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء فيكون لفظ الرهن فى العقد الشرعى منبئا عن الحبس الدائم لأنه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ، ولتكن هذه القضية عندك ، ولأن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ، ومعناه : أن يكون الرهن موصلا إليه : أى إلى الاستيفاء ، وذلك : أى كونه موصلا إليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن . ومعناه : أن الحبس يفضى إلى أداء الحق لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن ، لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج إلى إيفاء الأقل لتخليص الأكثر أو لضجره عن المطالبة ، وهذه أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم إليهما . قوله (وإذا كان كذلك)

(قوله بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه) أقول : لايخفى أن الرهن يدوم بإدامة الراهن ، وإذا فك يزول الدوام ، ومعنى الانفكاك له إبقاؤه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وإنباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل (قوله لأن قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول : ليس هذا محل كلمة التقليل ، والأظهر أن يقول : يكون أكثر من الدين فى الأكثر ، إلا أن يحمل على التحقيق

عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره . وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرّر بالهلاك . فلو استوفاه ثانيا يؤدى إلى الربا . بخلاف حالة القيام لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالردّ على الراهن فلا يتكرر . ولا وجه إلى استيفاء الباقى بدونه لأنه لايتصوّر . والاستيفاء يقع بالمالية . أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته . وكذا قبض الرهن لاينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان . وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق

فى البيت المزبور إنباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم . بل جاز أن يكون انفهام ذلك من نبى فكاكه تدبر تفهم (قوله وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى إلى الربا) يعنى إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه ، لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه ، وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقص . فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدّى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : نعم لو استوفاه ثانيا أدّى إلى الربا ولكن إذا لم يستوفه ثانيا أصلا يؤدى إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدّى إلى ضياع حق المسلم محذور شرعى أيضا فما الوجه فى ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل فى الدفع

أى إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه ، لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه ، وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقص ، فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدّى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا ، بخلاف ما إذا كان الرهن قائما لأنه ينتقض هذا الاستيفاء : أى للدين بالحبس بالردّ على الراهن فلا يتكرّر الأداء . فإن قيل : فاجعل الهلاك كالرد فى نقض الاستيفاء فإن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء ، ألا ترى أن المبيع إذا هلك قبل التسليم فإنه لايقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به . أجيب بأن النقض إنما يتحقق فيما أمكن ردّ العين إلى المالك كالثمن فيما ذكرتم ، ولا يمكن ذلك فى هلاك الرهن . فإن قيل : فليستوف المرتهن الدين على وجه لايؤدى إلى الربا وهو أن يستوفى رقبة لايدا . أجاب بقوله ولا وجه إلى استيفاء الباقى وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لأنه غير متصوّر . وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان إما لعين الدين أو لبدله ، لا سبيل إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين ، واستيفاء الدين لايكون إلا من جنسه ، ولا إلى الثانى لأن الرهن يبدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز . ووجه الجواب أنا نختار الأوّل . وقوله ليس من جنس الدين . قلنا : ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية ، والأول مسلم ، وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة ، حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته ، وكذا قبض الرهن لاينوب عن قبض الشراء إن اشتراه المرتهن لما تقدم فى الهبة أن قبض الأمانة لاينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس ، والثانى ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها . وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعى رحمه الله : الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد . ووجهه أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا ، وذلك يحقق الصيانة لامحالة ، وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما فى الحوالة فإنها توجب الدين فى ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب ، وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا اللوازم الضمنية . ونوقض بنقض إجمالى وهو أن المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالأجرة المعجلة بمنزلة المرهون ، حتى إذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم إذا هلك لم يكن مضمونا ،

يجعل النادر معدوما فى الحكم (قوله لأنه ينتقض هذا الاستيفاء : أى للدين بالحبس بالرد على الراهن) أقول : قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض (قوله فإن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء) أقول : الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفى منه ، وفى التنوير ليس ذلك فكيف يتنور به ، ولك أن تقول : مآل جوابه أيضا فليتأمل (قوله واستيفاء الدين لايكون إلا من جنسه) أقول : يعنى واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم فى الهبة)

الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما فى الحوالة . فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ، فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها فى كفاية المنتهى جملة : منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع ، لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام ، وعنده لايمنع منه لأنه لاينافى موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقى فى أثناء المسائل إن شاء الله تعالى . قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء ، والاستيفاء يتلو الوجوب . قال رضى الله عنه : ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها ، فإنه يصح الرهن بها ولادين . ويمكن أن يقال : إن الواجب الأصلى فيها هو القيمة ورد

(قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين) يعنى يرد على هذا اللفظ : أى على لفظ القدورى وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها : أى الإشكال بصحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها ، وهى مايجب مثله عند هلاكه إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا ، كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فإنه يصح الرهن بتلك الأعيان ولادين فيها . وأجاب المصنف عن هذا الإشكال بقوله : ويمكن أن يقال إلى آخره . كذا قاله الشراح قاطبة ، غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح فى شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال : قلت لايرد على القدورى الاعتراض رأسا لأنه لاينفى صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بل صرح بصحته فى شرحه لمختصر الكرخى ، وإنما اقتصر هاهنا على الدين لأن الغالب فى الرهن أن يكون بالدين ، واكتفى به هاهنا اعتمادا على ماذكره فى موضع آخر ، إلى هنا لفظه . أقول : لاينبغى لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول : إن القدورى لم ينف فى مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بعد أن رأى ما فى لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهى النفى والاستثناء ، وإنما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدورى فى مختصره ويصح الرهن بالدين ، ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن إلا بالدين لم يبق له مجال . وقوله بل صرح بصحته فى شرحه لمختصر الكرخى لايجدى شيئا فى دفع الإشكال الوارد على لفظه فى مختصره ، وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ . وأما حمل القصر الواقع فى هذا المختصر على القصر الادعائى فبمعزل عن مساعدة هذا الفن إياه ، فإن مجرد تخصيص الشىء بالذكر

وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء ، لأن يد الاستيفاء هى التى كانت له قبل الفسخ ، وإنما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لالاستيفاء الأجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك فى يده . وأما اختصاصه به دون الغرماء فلأنه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص فى حق استرداد الأجرة . وقوله (فالحاصل الخ) واضح . قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون للتأكيد لأن كل دين مضمون ، وقيل هو احتراز عن دين سيجب ، كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، لأن حكمه : أى حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب ، وأما صحته بالدين الموعود فسيجىء الكلام فيه . وقوله (ويدخل) أى يشكل على هذا اللفظ أى الذى يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء . وقيل قوله بأنفسها احتراز عن غيرها . والحاصل أن الرهن إما أن يكون بالدين أو بالعين ، والأول صحيح بكل حال ، والثانى إما أن يكون بعين مضمون أو لا ، والثانى غير صحيح كما فى الودائع والعوارى والمضاربات والشركات ، والأول إما أن تكون بنفسها وهو مايجب عند هلاكه المثل إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا . أو يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع فى يد البائع فإنه مضمون بالثمن . وإذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون يشكل عليه الأعيان المضمونة بنفسها ، فإن الرهن بها صحيح ولا دين ثمة . وأجاب المصنف بقوله : ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب

العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ، ولئن كان لايجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما فى الكفالة ، ولهذا لاتبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه ، بخلاف الوديعة ، قال (وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فإذا هلك فى يد المرتهن و قيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه ، وإن كانت

فى الروايات الواقعة فى هذا الفن يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به ، فما ظنك بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال فى العناية : واعترض بأن صحة الكفالة بها لاتستلزم صحة الرهن ، فإنها تصح بدين سيجب كما لو قال ماذاب لك على فلان فعلىّ دون الرهن . وأجيب بأن قوله ماذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة . ويصح أن يقال : قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أودينا انعقد ذلك ، فإن كان الأوّل فليس كلامنا فيه ، وإن كان الثانى فهو ممنوع فإنه عين مانحن فيه انتهى . أقول : الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ، ولهما وجه صحة . وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر ، وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشىء ، لأن عدم كون كلامنا فيه لايضر بغرض السائل بل بعينه ، فإن مقصوده القدح فى قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لاتدل على صحة الرهن ، لأن الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه . ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذى كلامنا فيه ، ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به . ولا يخفى أن عدم كون كلامنا فى الدين الذى لم ينعقد سبب وجوبه لايدفع الاعتراض بهذا الوجه . وإنما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه . وإنما قوله ماذاب لك على فلان فعلىّ إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة . ومراد المصنف بالكفالة فى قوله ولهذا تصح الكفالة به هى الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول : هذا التنوير لايتم إلا على قول أبى يوسف ، فإن المعتبر عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مرّ تفصيله فى صدر كتاب الغصب ، مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعا فلا يتم التقريب إلا على قول أبى يوسف . وليت شعرى لم لم يتعرض لهذا أحد من الشراح (قوله وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح : وقع فى بعض

الأصلى فيها هو القيمة ، وردّ العين مخلص والقيمة دين (ولهذا تصح الكفالة بها) أى بالعين المضمون بنفسه . وقوله (ولئن كان لايجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق . ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المـالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ . وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة . واعترض بأن صحة الكفالة لاتستلزم صحة الرهن ، فإنها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلىّ دون الرهن . وأجيب بأن قوله ماذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة ، ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك ، فإن كان الأول فليس كلامنا فيه ، وإن كان الثانى فهو ممنوع فإنه عين مانحن فيه . وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخريجين . أما على الأول فتقريره ولكون الموجب الأصلى فيها القيمة لاتبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه ، فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلى لما كان القيمة كان هلاك العين كلاهلاك لقيام القيمة فى ذمته ، وردّ العين كان مخلصا ولم يحصل . وأما على الثانى فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لاتبطل الحوالة ، بخلاف الوديعة فإن الحوالة عليها لاتبطل بهلاكها لأنه لاوجوب هناك للقيمة ولاسبب للوجوب . قال (وهومضمون بالأقل من قيمته ومن الدين الخ)

أقول : وفى أواخر الصلح أيضا (قوله وإن كان الثانى فهو ممنوع) أقول : فيه بحث ، فإن الكفالة بالأول صحيحة دون الرهن .

قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة فى يده) لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذاك بقدر الدين (وإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المالية . وقال زفر : الرهن مضمون بالقيمة ، حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة . له حديث على رضى الله عنه قال : «يترادّان الفضل فى الرهن» ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين . ومذهبنا مروىّ عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ، ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما فى حقيقة الاستيفاء ، والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة فى حق الضمان . والمراد بالترادّ فيما يروى حالة البيع ، فإنه روى عنه أنه قال : المرتهن أمين فى الفضل . قال (وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن

نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين ، وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث ، واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم غيرهما ، ولو قال مررت بالأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم واحدا منهما ، والمراد هاهنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث . ثم إن تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال : والمعنى فيه أن كلمة «من» فى قوله الأقل منهما للتبعيض والأقل يصلح بعضا ، إذ الأقل مع منهما معرفتان ، بخلاف أقل منهما لأن أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لاتتناول النكرة انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لانسلم أن المعرفة لاتتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية ، نعم إن المعرفة والنكرة لايتحدان لأن مدلول المعرفة شىء بعينه ومدلول النكرة شىء لا بعينه ، وهما متضادان فلا يتحدان . وأما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه ، بل هو أمر شائع مستعمل ، ألا ترى إلى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فإنه صحيح بلا ريب وشائع مستعمل ، مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة ، وكلمة هما فى منهما معرفة ومن للتبعيض ، على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفا وبين أن يكون منكرا إنما يتمشى فيما إذا كان مدخول كلمة «من» معرفة ولا يتمشى فيما إذا كان مدخولها نكرة ، إذ لايلزم إذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة ودين لزم أن لايكون فرق فى المعنى بين

الرهن مضمون بالأقل أى بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين . ووقع فى بعض نسخ القدورى : بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث ، وكلامه واضح . وقوله (يترادّان الفضل) يعنى أن الترادّ إنما يكون من الجانبين . وقوله (كما فى حقيقه الاستيفاء) مثل ما إذا أوفاه ألفى درهم فى كيس وحقه فى ألف فإنه يصير ضامنا قدر الدين ، والزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا . وقوله (ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها) لأنا لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدّى إلى الشيوع أو لعدم انفكاكها عنه . وقوله (ولا ضرورة فى حق الضمان) لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن ، فإن الرهن باق ولاضمان على المرتهن كما سيجىء . وقوله (والمراد بالترادّ فيما روى حالة البيع) يعنى توفيقا بين حديثى على رضى الله عنه ، فإنه روى عنه «المرتهن أمين فى الفضل» فيجب حمل الأول على حالة البيع : يعنى إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن يردّ ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن ، ولو كان الدين زائدا يردّ الراهن زيادة الدين

فتوجه السؤال إلا أن يخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه (قوله ووقع فى بعض نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما ، ومعنى المنكر ثالث) أقول : إذ تكون من حينئذ تفضيلية لوجوب استعمال الأفعل بأحد الأشياء الثلاثة ، وتكون فى المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو ، وفيه بحث إذ قد يحذف من من اللفظ ، وهاهنا أيضا كذلك ، والقرينة على الحذف شهرة المذهب ، فمن الملفوظة للبيان كما فصله صدر الشريعة فى شرح الوقاية ولمكان حرف التعريف هنا (قوله يعنى أن الترادّ إنما يكون من الجانبين) أقول : فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفكاكها عنه)

لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة . والحبس جزاء الظلم . فإذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم (وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن وهو محتمل (وإذا أحضر أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وإن طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه . إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة . فكذلك الجواب) لأن الأماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة . ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه فى باب السلم بالإجماع (وإن كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف إحضار الرهن) لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز) لإطلاق الأمر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن) لأنه لا قدرة له على الإحضار (وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن . فصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل . لأن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه .

تعريف الأقل وتنكيره وليس كذلك قطعا . وذكر بعض الفضلاء وجها آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال : إذ تكون من فى المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الأفعل بأحد الأشياء الثلاثة . وتكون فى المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو . ثم قال : وفيه بحث . إذ قد تحذف «من» من اللفظ وهاهنا أيضا كذلك ، والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى . أقول : الحق فى الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط ؛ إذ قد تقرر فى علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الأشياء الثلاثة ، إلا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما فى قوله تعالى - يعلم السر وأخفى - وقوله تعالى - ولذكر الله أكبر - وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل ؛ ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع ؛ لأنه الآن بصدد بيان المذهب فى هذه المسئلة ولم يبين من قبل فى موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة ، كيف ولو تحققت الشهرة فى مسئلتنا هذه بحيث جاز بها ترك ما لابد منه فى استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبيانها هاهنا بالكلية (قوله لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين)قال بعض

وقوله (كما بيناه على التفصيل فيما تقدم) يعنى فى فصل الحبس من أدب القاضى . وقوله (وإذا طلب المرتهن دينه) واضح . وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة ، فمن حيث أنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه ، وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه . وقوله (لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه) يعنى المرتهن ، ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه موهوم ، فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن ، بخلاف الفصل الأول . وقوله (لإطلاق الأمر) يشير إلى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة . وقوله (لأنه لا قدرة له على الإحضار) لأن الرهن بيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على إحضاره . وقوله (وكذا إذا أمر المرتهن) يعنى لا يكلف إحضار الرهن ، لأنه : أى الرهن صار دينا بالبيع بأمر الراهن ، فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ، لأنه لما باعه بإذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن ؛ ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شىء فصار كأنه رهنه ولم يسلم إليه بل وضعه على يد عدل . وقوله (إلا أن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الأمر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشترى

أقول : معطوف على قوله لأنا لو لم نجعل الزيادة (قال المصنف : فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) أقول : فيه بحث ، فإن المقيس عليه

وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين . وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى به بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة ، لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لابد من إحضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله . وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لايكلف إحضار الرهن) لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته (ولو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده يقول أودعنى فلان ولا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا (وكذلك إذا غاب العدل

الفضلاء : فيه بحث . فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم فى الفرع قياسا عليه انتهى . أقول : لايخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس إثبات الحكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور ، بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبقى فى الدين الذى صار خلفا عن العين المبيع بأمر الراهن ، لأن الأصل كان صالحا لأن يكون رهنا فكذا خلفه تبعا . وإن لم يصلح الدين للرهنية أصالة فكم من شىء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت أصالة وقصدا ، فقوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين إشارة إلى معنى الخلفية لا إلى القياس . وهذا مع ظهوره لكل متأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا : فإن قيل : لو رهن الدائن ابتداء لايصح لأنه لايكون محلا للرهن . قلنا : نعم ، ولكن يبقى حكم الرهن

كما لو كان الرهن فى يد عدل لكن له ذلك . ووجه ماذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع إليه . وقوله (وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم) قيل إذا ادعى الراهن هلاك الرهن ، وأما إذا لم يدّع فلا حاجة إلى ذلك ، وإليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك . وقوله (ثم إذا قبض الثمن) يعنى إذا باع الرهن وقبض الثمن ، فإذا قبضه وجب إحضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا قتل) إشارة إلى قوله وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه إلى آخره . فإنه لايجبر المرتهن على الإحضار ، بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شىء بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين . فإن الراهن لايجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة ، لأن القيمة خلف عن العين فلابد من إحضار كلها كما لابد من إحضار كل عين الرهن . فإن قيل : لم لاتكون القيمة هاهنا كالثمن ثمة وهى ليست فى يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة . أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهنية فصار كالرهن فى يد عدل ، بخلاف ما تقدم فإن الرهن صار دينا بفعله فكأنهما تفاسخا ، وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا . وفى النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل . ووجهه هكذا : أى فى مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة ، وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤدّيه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف .

وهو رهن الدين غير صحيح ، فكيف يثبت الحكم فى الفرع قياسا عليه فليتأمل (قال المصنف : لاستيفاء الدين) أقول : يعنى المنجم لئلا يلزم التكرار (قوله وقوله وهذا بخلاف ما إذا قتل ، إشارة إلى قوله وكذا) أقول : ولعل الأولى أن يجعل إشارة إلى بيع العدل أو المرتهن الرهن بأمر الراهن . قال العلامة الكاكى إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ، بخلاف مسئلة القتل حيث لايكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى . هكذا رأيت فى شرح الكاكى ، ففيه بحث ظاهر حيث لايطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهنية) أقول : لايقال : الأصوب أن يقال حتى يجعل رهنا مكانه ، فإنه لم يكن رهنية الثمن فى المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه ، لأن بين الثمن والقيمة فرقا ، ولا يلزم من عدم الانتقال فى الأول عدم الانتقال فى الثانى (قوله وجعل الثمن رهنا) أقول : الظاهر أن يقال وجعلا (قوله وفى النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم ، إلى قوله : وهو كما ترى متعسف)

بالرهن ولا يدرى أين هو) لما قلنا (ولو أن الذى أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشىء حتى يثبت كونه رهنا) لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به . قال (وإن كان الرهن فى يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه) لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ماقضاه) لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه (وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه ، ولا يبطل

فى الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم فى خلفه تبعا لا مقصودا انتهى (قوله فلو هلك قبل التسليم استردّ الراهن ماقضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه) قال فى العناية : وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يردّ عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لاضمان عليه استحسانا وإن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرّر بالهلاك ، فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة . وفى الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يردّ المستوفى فيجب أن يكون هاهنا كذلك . وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم ، وذلك الاستيفاء يتقرّر بالهلاك مستندا إلى وقت القبض . فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد ، وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شىء ليجب ردّه ، وإنما هو إسقاط ، وإسقاط الدين بمن ليس عليه لغو انتهى . أقول : فى خاتمة هذا الجواب خلل لأن قوله وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو لغو من الكلام هاهنا لأن الإبراء فى مادة النقض من الراهن ، ولا شك أن الراهن ممن عليه الدين فكان الإبراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان إسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه . فإن قلت : مراده أن يد الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بعقد الرهن وتقرره بالهلاك مسندا إلى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدما على الإبراء فى الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء ، فيما نحن فيه إسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال : وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو . قلت : لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الإبراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقبضه السابق وتقرره بالهلاك . وكون الإبراء لغوا على الفرض مع أنه لايجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة

وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لم يقبض شيئا . قال (وإن كان الرهن فى يده الخ) إذا كان الرهن فى يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لايمكن . لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على مابيناه وذلك حقه فله إسقاطه ، وكلامه واضح . وقوله (فلو هلك) أى الرهن (قبل الردّ استردّ الراهن ماقضاه) لما ذكره فى الكتاب وهو واضح ، وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يردّ عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لاضمان عليه استحسانا ، وإن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة ، وفى الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يرد المستوفى فيجب أن يكون هاهنا كذلك . وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرّر بالهلاك مستندا إلى وقت القبض . فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الردّ . وأما الإبراء

أقول : لايكلف المرتهن بالاحضار فى مسئلة القتل للعلم بعدم قدرته له قبل مضى ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضا على الايفاء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن إذا أحضر ، ولعل مراد الإمام السغناقى هذا (قوله وطولب بالفرق) أقول : نقض إجمالى (قوله فإنه لاضمان عليه استحسانا) أقول : تجىء المسئلة فى أواخر كتاب الرهن .

الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لأنه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين (ولو هلك فى يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس ، إلا أن يأذن له المالك) لأن له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن ، وليس له أن يؤاجر ويعير) لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه ، فإن فعل كان متعديا ، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى . قال (وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) قال رضى الله عنه : معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا ، وهذا لأن عينه أمانة فى يده فصار كالوديعة (وإن حفظه بغير من فى عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثانى فهو على الخلاف ، وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة (وإذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة ، والأمانات تضمن بالتعدى (ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن) لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه ، وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة (ولو جعله فى بقية الأصابع كان رهنا بما فيه) لأنه لايلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ . وكذا الطيلسان إن لبسه لبسا معتادا ضمن ،

الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب . فالحق فى الجواب عن المطالبة المذكورة ماذكره صاحب النهاية حيث قال : قلت إن ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لأنه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار الدين ، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين ، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام إحداهما ، ألا يرى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين ، فكذا إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف مالو استوفى الدين حقيقة لأن هناك الدين لايسقط بالاستيفاء بل يتقرر ، فإن ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء ، وحصول المقصود بالشىء يقرره ويبهيه ،

فليس فيه استيفاء شىء ليجب رده ، وإنما هو إسقاط ، وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو . وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما إذا رده على وجه العارية فإنه لايبطل الرهن. وقوله (لأنه) أى الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وإن كان الدين باقيا ، وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقيا ، لأن العلة إذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما . فإن قيل : فينبغى أن لايبقى مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا . أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان ، وفيه نظر لأن الاحتمال لايوجب التحقيق لاسيما إذا لم ينشأ عن دليل . وقوله (ولو هلك فى يده . يعنى إذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن . وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والإنفاع به . قال (وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة فى العيال للمساكنة لا للنفقة ، ألا ترى أن المرأة

(قوله وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقيا) أقول : فيه بحث ، فإنه ذكر قبيل هذا الكلام أنه إذا هلك الرهن فى يد المرتهن بعد الإبراء يكون الإبراء لغوا لكون الدين مستوفى مستندا إلى القبض وليس معنى الضمان إلا ذلك ، لكن التعويل على ماذكره هاهنا يدل عليه كلام المصنف فى أواخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضا) أقول : ولك أن تقول : الدين باق بعد القضاء لكنه لايطالب به لعدم الفائدة ، وإلى ذلك أشار صاحب النهاية ، وسيجىء ما ذكره فى آخر كتاب الرهن من الهداية ، ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما مر فى فصل الاختلاف فى الشهادة فراجعه (قوله أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول : اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجىء فى آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الإنفاع بالرهن والانتفاع به) أقول : سبق من الشارحين تخطئة المصنف فى هذا اللفظ فى فصل كرى الأنهار . إن قيل : إنما أنكروا فيه استعمال الإنفاع فى معنى النفع لامطلقا . قلنا : لامانع من أن يراد منه فيه المعنى الذى أريد منه هنا .

وإن وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة ، وإن لبس خاتما فوق خاتم ، إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن ، وإن كان لايتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن . قال (وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن) والأصل أن مايحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن . لأن العين باق على ملكه ، وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما فى الوديعة ، وذلك مثل النفقة فى مأكله ومشربه وأجرة الراعى فى معناه لأنه علف الحيوان . ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه . وكل ماكان لحفظه أو لردّه إلى يد المرتهن أو لردّ جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ ، لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه ، وكذلك أجرة البيت الذى يحفظ الرهن فيه ، وهذا فى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى فى تبقيته . ومن هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة الاستيفاء التى كانت له ليردّه فكانت مؤنة الرد فيلزمه . وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء . وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة فى يده والردّ لإعادة اليد ، ويده فى الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك . وهذا بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه فإن كلها تجب على المرتهن . وإن كان فى قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس . وحق الحبس فى الكل ثابت له . فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين .

وإذا بقى الدين حكما بقى ضمان الرهن . وبهلاك الرهن يصير مستوفيا فتبين أنه استوفى مرتين فيلزمه ردّ أحدهما ، وأما الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين ، إلى هنا لفظ النهاية . وسيجىء من المصنف فى آخر كتاب الرهن ما يطابق ذلك فى الفرق بين تينك المسئلتين فتبصر . قال تاج الشريعة : فإن قلت : ينبغى أن لايبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم ، لأن حكم الرهن لم يبق . قلت : بقى احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى . وردّ صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب : فيه نظر ، لأن الاحتمال لايوجب التحقيق لاسيا إذا لم ينشأ عن دليل انتهى . أقول : الحق فى الجواب عن أصل السؤال أن

إذا ارتهنت وسلمت الرهن إلى الزوج لم يضمن ، والابن الكبير الذى لايكون فى نفقته إذا ساكن الأب وخرج الأب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن . قال (وأجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن) فإن أبى فالقاضى يأمر المرتهن بأن ينفق عليه ، فإذا قضى الدين فللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفى النفقة ، وإن هلك الرهن بعد ذلك لا شىء على الراهن فى قول زفر ، وقال أبو يوسف : النفقة دين على الراهن . والأصل المذكور فى الكتاب واضح . وقوله (وكل ماكان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن) كجعل الآبق (أو لردّ جزء منه) كمداواة الجراح . وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال فى شرح الطحاوى : لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لايصح بخلاف الوديعة . وقوله (لتعلقه بالعين) يعنى بخلاف حق المرتهن ،

(قال المصنف : لأنه علف الحيوان) أقول : أى كعلف الحيوان من قبيل : زيد أسد .

ولا يبطل الرهن فى الباقى لأن وجوبه لاينافى ملكه، بخلاف الاستحقاق ، وما أدّاه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوّع ، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه كأن صاحبه أمره به ، لأن ولاية القاضى عامة . وعن أبى حنيفة أنه لايرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضى . وقال أبو يوسف إنه يرجع فى الوجهين ، وهى فرع مسئلة الحجر ، والله أعلم .

(باب مايجوز ارتهانه والارتهان به وما لايجوز)

قال (ولا يجوز رهن المشاع)

يقال : الدين لايسقط بالقضاء كما يسقط بالإبراء لقيام الموجب وهو الذمة ، بل يبقى على حاله ، ولكن لايطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف فى آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسئلة إبراء المرتهن الراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن ، فإذا بقى الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضا ما لم يسلم إلى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك إلى أن يسلم إلى الراهن ، تأمل تقف انتهى ، والله الموفق للصواب .

(باب مايجوز ارتهانه والارتهان به وما لايجوز)

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل مايجوز ارتهانه والارتهان به وما لايجوز ، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال (قوله ولايجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية : رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض ،

فإن حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين ، والعين مقدم على المالية ، فكذلك مايتعلق بالعين يقدم على مايتعلق بالمالية . فإن قيل : لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فإن وضع المسئلة فيما إذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها فأخذ العشر والاستحقاق فى جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا فى استحقاق العشر . أجاب بقوله (ولا يبطل الرهن فى الباقى لأن وجوبه) أى وجوب العشر (لاينافى ملكه) فى جميع ما رهنه ، ألا ترى أنه لو باعه جاز ، ولو أدّى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن فى الكل ثم خروج جزء معين فلم يتمكن الشيوع فى الرهن لا مقارنا ولا طارئا ، بخلاف الاستحقاق لأن الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه ، وكذا فيما وراءه لأنه مشاع (قوله وما أدّاه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعنى من أجرة وغيرها (فهو متطوّع) لأنه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فإن كان بغير أمر القاضى فكذلك ، وإن كان بأمره رجع عليه كأنّ صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضى . وقد قيل : إنه بمجرد أمر القاضى بالنفقة لايصير دينا على الراهن مالم يجعله دينا عليه بالتنصيص ، لأن أمره هاهنا ليس للإلزام ، فإنه لايلزمه شىء منها بالاتفاق فيكون الأمر بذلك مترددا بين الإنفاق حسبة ودينا ، فعند الإطلاق يثبت الأدنى . وقوله (وهى فرع مسئلة الحجر) فمذهب أبى حنيفة أن القاضى لايلى على الحاضر وعندهما يلى عليه . يعنى عند أبى يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضى على الحرّ كان نافذا حال غيبته وحضرته ، وعند أبى حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره يصير محجورا عليه وهو لايراه بخلاف حال غيبته لأن فيها ضرورة .

(باب مايجوز ارتهانه والارتهان به وما لايجوز)

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل مايجوز ارتهانه وما لا يجوز ، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال . قال (ولايجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض ، وقيل باطل لايتعلق به ذلك

(قوله ألا يرى أنه لو باعه جاز) أقول : يعنى لو باع الجميع فى غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر .

(باب مايجوز ارتهانه والارتهان به وما لايجوز)

وقال الشافعي : يجوز ، ولنا فيه وجهان : أحدهما يبتنى على حكم الرهن ، فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء ، وهذا لايتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع . وعنده المشاع يقبل ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع .

وقيل باطل لايتعلق به ذلك . وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ، وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لاشرط جوازه ، إلى هنا لفظه . أقول : إن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو مفسد ، إذ الظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك ، وليس بصحيح إذ لاشك أن مانحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضمونا ، فإن الشيوع لاينافى المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا ، وكذا الشيوع فى الرهن لايقتضى أن لايكون المقابل به مضمونا بل يتصور فيما إذا كان المقابل به مضمونا أيضا كما لايخفى . ثم لا شك أنه لابناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لاشرط جوازه : بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لايخفى على ذى مسكة ، فلا وجه لجعل قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك . وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لأن الباطل منه هوفيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال فى بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه : يعنى أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه ، فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى . أقول : ليس هذا أيضا بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأبى جدا كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لايصح بناء أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لاشرط جوازه . قوله فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع ، فإن مجرد انتفاء شرط الجواز لايستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما إذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضا ، وإنما الذى يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد ، وإنما هو فى عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ، ويدل على ذلك كله ماذكر فى الذخيرة والمغنى ونقل عنهما فى النهاية وغيرها ، وهو أن الباطل من الرهن مالا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيوع ، والفاسد منه مايكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع ، وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ، ففى كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا ، إلا أنه بفقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط

وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لاشرط جوازه . وقال الشافعي رحمه الله : هو جائز ولم يذكر له فى الكتاب دليلا لأن أصل دليله ، ومعظمه قد علم فى ضمن ذكر دليلنا على ماسيظهر ، ودليلنا موقوف على مقدمة هى أن العقود شرعت لأحكامها ، فإذا فات الحكم كان العقد غير معتبر ، وتقرير الوجه الأول من كلامه ، حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ماتناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء ، وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لأن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه . وأدرج المصنف رحمه الله دليل الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع ، فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه ، فحكم الرهن يجوز فى المشاع ، وإذا كان الحكم متصورا كان العقد مقيدا ، وتقرير الثانى أن موجب الرهن : أى موجب حكمه : يعنى لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول : يعنى أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض الخ ، فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لاشرط جوازه) أقول : مخالف لما قدمت يداه (قوله وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء الخ) أقول : مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل ، فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يد الاستيفاء .

والثانى أن موجب الرهن هو الحبس الدائم . لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص ، أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه . وكل ذلك يتعلق بالدوام . ولا يفضى إليه إلا استحقاق الحبس ؛ ولو جوّزناه فى المشاع يفوت الدوام لأنه لابد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنتك يوما ويوما لا . ولهذا لايجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها . بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة . لأن المانع فى الهبة غرامة القمسة وهو فيما يقسم . أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله ؛ وهاهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لايقبله وإن كان لايحتمل القسمة . ولا يجوز من شريكه لأنه لايقبل حكمه على الوجه الأول . وعلى الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا . والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل . وعن أبى يوسف أنه لايمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة . وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه . فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية فى باب النكاح ، بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك ، واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على مابيناه ، ولاحاجة إلى اعتباره

الجواز ، وفى كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لاينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثانى أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا) أقول : لقائل أن يقول : إن أراد بقوله إنه لم يشرع إلا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره فى صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه ، وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضا لايتم التقريب إذ المدعى هاهنا عدم جواز رهن المشاع لاعدم لزومه فتأمل فى الدفع (قوله أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه) قال صاحب النهاية : وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أولضجره انتهى . واقتفى أثره فى هذا التفسير جماعة من الشراح ، منهم صاحب العناية حيث قال : يعنى مامر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أولضجره . أقول : علل المصنف فيما مرّ كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال : ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن ، وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أولضجره انتهى . فليت شعرى ماحمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المصنف هاهنا من الوجه الذى بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر ، أو على العلة الأولى لتقدمها

ـ فرهان مقبوضة ـ أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه : يعنى مامر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره (وكل ذلك) أى كل مامر من قوله لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر ، فإنه لو تمكن من الاستر داد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق . وأما بالنظر إلى النص فلأنه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء ، لأن ماتعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح ، وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لايكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضى الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن ويفوت فى المشاع ، والداعى إلى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فإنه قال : أحدهما ينبنى على حكم الرهن ، والثانى أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله (ولا يفضى إليه) أى إلى دوام الحبس من تمام الدليل : يعنى ثبت أنه لابد من الدوام ، ولا يفضى إليه إلا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس فى المشاع لأنه لابد من المهايأة ، فكأنه يقول له رهنتك يوما دون يوم ، ولا شك فى عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (ولهذا) أى ولأن الدوام يفوت فى المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لايحتملها فى الرهن ، بخلاف الهبة على ماذكره فى الكتاب (وقوله ولايجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا . أما على الوجه الأول فإنه لايقبل حكمه . وأما على الثانى فلأنه يفوت به دوام الحبس كما تقدم . وصورة الشيوع الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا فى البعض ، أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل ، وكلامه

فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ، ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن . قال (ولا رهن ثمرة على رءوس النخيل دون النخيل ، ولا زرع الأرض دون الأرض ، ولا رهن النخيل فى الأرض دونها) لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى الشائع (وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لأن الاتصال يقوم بالطرفين ، فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده . وعن أبى حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها ، بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الأرض وهى مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لأن هذه مجاورة وهى لا تمنع الصحة (ولو كان فيه ثمر يدخل فى الرهن) لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد ، بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز ، ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكره . وبخلاف المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما ، وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الأرض ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة (ويدخل البناء والغرس فى رهن الأرض والدار والقرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز . ولو استحق بعضه ، إن كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته وإلا بطل كله) لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقى ، ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة ، وكذا متاعه فى الوعاء المرهون ، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لأنه شاغل لها ، بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه ، لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا فى دار أو فى وعاء دون الدار والوعاء ، بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر . قال (ولا يصح الرهن بالأمانات) كالودائع والعوارى والمضاربات

فى الذكر هناك . والعجب من صاحب العناية أنه قال فى شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام : أى كل مامر من قوله إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود ويتعلق بالدوام ، وقال : أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر ، فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى . فقد جعل مدار الاستيثاق فى البيان هو العلة الأولى على

واضح . قال (ولا رهن ثمرة على رءوس النخيل دون النخيل) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته ، فإن الأصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض فى المرهون وحده لاختلاطه بغيره . وقوله (بخلاف المتاع فى الدار) يعنى إذا رهن دارا مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن لأنها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل فى رهنها من غير ذكر فانتفى القبض ؛ ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الأمتعة ، بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فإنه تدخل الثمار فتدخل فى الرهن لاتصالها بها خلقة . وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها ، فإما أن يكون الباقى غير مشاع بأن كان المستحق جزءا معينا غير مشاع أو كان مشاعا ، فإن كان الأول صح الرهن لأنه تبين أن الرهن من الابتداء كان ما بقى وهو غير مشاع وكان جائزا ، وإن كان الثانى تبين أن الرهن من الأول مشاع وهو مانع . وقوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعنى قال المشايخ رحمهم الله : إذا رهن دابة عليها لجام أو سرج دخل ذلك فى الرهن من غير ذكر تبعا . وقوله (ولا يصح الرهن بالأمانات) قد تقدم ذكره .

(قال المصنف : لأن الشجر اسم للنابت) أقول : يعنى اسم للنابت المخالط للأرض ، إذ المشاجرة هى المخالطة .

(ومال الشركة) لأن القبض فى باب الرهن قبض مضمون فلابد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لايصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع) لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن. فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها، لأن الضمان متقرر، فإنه إن كان قائما وجب تسليمه، وإن كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح. قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب، وإضافة التمليك إلى زمان فى المستقبل لاتجوز. أما الكفالة فلالتزام المطالبة، والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل كما فى الصوم والصلاة، ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن، فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لاعقد حيث وقع باطلا، بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته، لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة.

خلاف مافسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته) قال فى غاية البيان: فيه تسامح. لأنه يهلك بالأقل من قيمته ومما سمى له من القرض؛ ألا ترى إلى ما قال الإمام الإسبيجانى فى شرح الطحاوى: ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك فى يده قبل أن يقرضه هلك بالأقل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى. وقال تاج الشريعة: فى شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته: هذا إذا ساوى الرهن الدين قيمة، وإنما أطلق جريا على العادة إذ الظاهر أن يساوى الرهن الدين انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور بين، فإن ماذكر فى الكتاب كما يتمشى فيما إذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ماسمى له من القرض يتمشى أيضا فيما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه

وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشترى بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع. وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئا ويسلمه إلى المشترى فيخاف المشترى أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لايملك المرتهن حبس الرهن، إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أولا. وأما الكفالة بذلك فهى جائزة، والفرق ماذكره فى الكتاب. وذكر فى فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشترى على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع دركه أو لا، لأنه إذا لم يضمن لايقدر المشترى على الرجوع إلا إذا قضى القاضى بنقض البيع، وأما إذا ضمنه فإنه يرجع عليه قضى القاضى بنقض البيع بينهما أو لم يقض، وهذا بناء على أن المبيع إذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البائع أو قضاء القاضى، لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتاج أو التلقى من جهة المستحق قائم، أما إذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد. وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله يهلك أمانة، وصورته ماذكر فى الكتاب. وقوله (لأن الموعود) يعنى من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة. فإن الرجل يحتاج إلى استقراض شىء وصاحب المال لايعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض. فإن قيل: فليجعل المعدوم فى الدرك موجودا للاشتراك فى الحاجة. أجيب بأن المعدوم يجعل موجودا إذا كان على شرف الوجود، والظاهر من حال المسلم إنجاز وعده، والدرك ليس

(قوله إن قبضه قبل الوجوب) أقول: وذلك: أى الوجوب بعد الحكم برد الثمن ينسخ البيع (قوله وذكر فى فائدة ضمان الدرك) أقول: هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكى محالا على فصول الاستروشنى (قوله لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتاج والتلقى من جهة المستحق قائم، أما إذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد) أقول: والأقرب احتمال إجازة المستحق البيع.

ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه . قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر : لايجوز لأن حكمه الاستيفاء . وهذا استبدال لعدم المجانسة ، وباب الاستبدال فيها مسدود . ولنا أن المجانسة ثابتة فى المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على مامر . قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا أنه غير مضمون بنفسه (فإن هلك ذهب بغير شىء) لأنه لااعتبار للباطل فبقى قبضا بإذنه (وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم فى مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما (وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه : أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) لأنه بدله

بصورة المساواة . فالحق أن يقال فى البيان : هذا إذا ساوى قيمة الرهن ماسمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك ، وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن ، إذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر هاهنا قوله حيث يهلك بما سمى له من القرض فى صورة الإطلاق جريا على ماهو الظاهر الغالب من كون

كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق ، فإن المسلم العاقل لايقدم على بيع مال غيره . وقوله (لأنه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده) أى وجود الدين وللمقبوض بجهة الشىء حكم ذلك الشىء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أى للذى قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته ، ويجب على المقرض إيفاء ماوعده ، وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه ، وإنما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب فى الرهن أن يساوى الدين . فإن قيل : قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح ، لأن الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود . فالجواب أن التساوى بين المقيس والمقيس عليه فى جميع الوجوه ليس بلازم ، واعتباره به من حيث أنه يهلك مضمونا لاأمانة . وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره ، وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد إذ ليس للبائع على المشترى شىء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب . وقوله (فيضمنه) أى فيضمن المرتهن ماقبض رهنا عن الدين الموعود. قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله : حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أى أخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا ، وباب الاستبدال فيها مسدود . قلنا : هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية ، فإن الاستيفاء فى الرهن إنما هو من حيث المالية . وأما عين الرهن فهو أمانة عنده ، كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن ، والأعيان من حيث المالية جنس واحد . فإن قيل : لو كان كذلك لصح الاستبدال فى رأس المال فى الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية . فالجواب أن هذا غلط ، لأنا إنما اعتبرنا التجانس من حيث المالية فى الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية ، وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفى الاستبدال لايكتفى بذلك لاحتياجه إلى تملك العين أيضا . وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأن المرتهن إنما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق . وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ماعرف . وقوله (لأنه بدله) أى لأن رأس المال بدل المسلم فيه ، وبدل الشىء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب إذا هلك فإنه رهن بقيمته ، وهذا الذى ذكره جواب الاستحسان . وفى

(قوله وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه) أقول : فيه بحث فإنه إذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمى أيضا (قوله وإنما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول : ممنوع (قوله وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول : الأصوب وضمان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع فى غيره من الشروح ثم فى قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر إيجاب المسمى) أقول : لانتفاء البيع وإن وجد القبض بجهته .

فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لأنه رهنه به ، وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله ، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا ؛ وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفى الثمن ، ثم لو هلك المشترى فى يد المشترى يهلك بقيمته فكذا هذا . قال (ولا يجوز رهن الحرّ والمدبر والمكاتب وأم الولد) لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية فى الحرّ وقيام المانع فى الباقين ، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس ، وكذا بالقصاص فى النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء ، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ

قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح : يريد به قوله لأن الثمن بدله . أقول : ليس هذا بتفسير سديد ، لأن كون الثمن بدل العبد المبيع لايقتضى أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع :

القياس : ليس له أن يحبسه لأن ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط . ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر هو والقبض فلا يكون رهنا به ، كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فإنه لايكون رهنا بالدراهم . والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم . وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أى لو هلك الرهن فى يد ربّ السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام لأنه رهن به ، وإن كان محبوسا بغيره : أى بغير المسلم فيه وهو رأس المال . وقوله (هلك بالطعام) يشير إلى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو ربّ السلم أن يعطى مثل الطعام الذى كان على المسلم إليه ويأخذ رأس المال . لأن بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم ، وقد بقى حكم الرهن إلى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم . ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا أو بعد الإقالة لزمه ردّ المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك هاهنا ، وهذا لأن الإقالة فى باب السلم لاتحتمل الفسخ بعد ثبوتها ، فهلاك الرهن لايبطل الإقالة . فإن قيل : ذمة ربّ السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم إليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم إليه ردّ الطعام . أجيب بأنا لانسلم أن مالية الرهن هاهنا من الدراهم ، فإن تقدير مالية الأشياء بالنقود ليس بحتم ، وإنما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضى الحجر على التقدير بغيرها ، ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقدير المالية بالطعام تحقيقا لغرضهما ، فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا ، فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم ، فلا يكون ما عليه للمسلم إليه من جنس ماله على المسلم إليه حتى يلتقيا قصاصا ، بل يلزمه ردّ مثل الطعام المسلم فيه لأنه استوفى المسلم فيه ، والإقالة متقررة لما مر آنفا أنها لاتحتمل الفسخ . وقوله (لما بينا) يريد به قوله لأن الثمن بدله . وقوله (وأدّى ثمنه له أن يحبسه) يعنى أدّى ثمنه ثم أراد فسخه للمشترى أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن ، لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشترى لاستيفاء ثمنه من البائع ، فإن هلك المشترى بعد الحبس فى يده هلك بقيمته . قال (ولا يجوز رهن الحرّ والمدبر الخ) كلامه واضح . وقوله (وقيام المانع فى الباقين) يعنى حق الحرية ، ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته ، فإذا كانت مقارنة منعته . وقوله (ولا يجوز بالكفالة بالنفس) لمعنيين : أحدهما ماذكره فى الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن . والثانى أن المكفول به غير مضمون فى نفسه ، فإنه لو هلك لم يجب شىء وهما جاريان فى القصاص فى النفس وما دونه . وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فإنه صحيح لأن البدل

(قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه) أقول : فيه بحث ، فإنه لم تبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن (قوله ولا يلزم على المسلم إليه رد الطعام) أقول : قوله على المسلم إليه متعلق بقوله رد الطعام . ثم أقول : الصواب أن يقال : ولا يلزم على رب السلم رد الطعام إذ الكلام فيه كما لايخفى (قوله وقوله لما بينا يريد به قوله لأن الثمن بدله) أقول : بل يريد به قوله لأنه رهن به وإن

لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لأن المبيع غير مضمون على المشترى (ولا بالعبد الجانى والعبد المأذون المديون) لأنه غير مضمون على المولى ، فإنه لو هلك لايجب عليه شيء (ولا بأجرة النائحة والمغنية ، حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لأنه لايقابله شيء مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمى) لتعذر الإيفاء والاستيفاء فى حق المسلم ، ثم الراهن إذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمى كما إذا غصبه ، وإن كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لايضمنها بالغصب منه ، بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم لأنها مال فى حقهم . أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم ، كما لايجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أوخلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرّا أو الخل خمرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا (وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حرّ) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا إذا صالح على إنكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) وعن أبى يوسف خلافه : وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه . قال (ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لأنه يملك الإيداع ، وهذا أنظر فى حق الصبى منه ، لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصى بمنزلة الأب) فى هذا

ألا يرى أن رأس المال فى المسئلة الأولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن . والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بينا إنما هو الإشارة إلى قوله لأنه رهنه به وإن كان محبوسا بغيره : يعنى أن هلاك المرهون بما هو الأصل حين انعقاد الرهن وإن كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه ، وبهذا يتم كون المسئلة الثانية

مضمون بنفسه ، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ ، لأن (استيفاء الأرش من الرهن ممكن ، ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهنا لم يصح لأنه غير مضمون ، فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع . وقوله (ولايجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضى القاضى بذلك فيقول للمشترى أعطنى رهنا بالدار المشفوعة . وقوله (حتى لو ضاع) يعنى الرهن لم يكن مضمونا لأنه لايقابله شيء مضمون . ألا ترى أنهما لو رفعا الأمر إلى القاضى قبل الرهن فإنه لايأمر المستأجر بتسليم الأجر . وقوله (فالرهن مضمون) يعنى بالأقل ومن قيمته ومن قيمة الرهن (لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن البائع والمشترى لو اختصما إلى القاضى قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضى يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا . وقوله (ثم ظهر أنه) أى العبد المقتول (حرّ) وقد هلك الرهن فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن . وقوله (ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) يعنى فى ظاهر الرواية ، وجهه ماذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهرا فكان كالدين الثابت حقيقة . وعن أبى يوسف رحمه الله خلافه : يعنى ليس عليه أن يردّ شيئا لأنهما لما تصادقا أن لادين فقد تصادقا على عدم الضمان ، وتصادقهما حجة فى حقهما والاستيفاء بدون الدين لايتصوّر . وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعنى أن الرواية عن أبى يوسف محفوظة فى مسئلة الصلح عن إنكار والمشايخ قالوا القياس يقتضى أن يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد والخل والشاة كذلك . وقوله (لابنه الصغير) احتراز عن الابن الكبير . فإنه لايجوز للأب أن يرهن عبده بدين نفسه إلا بإذن الابن .

كان محبوسا بغيره (قال المصنف : لأن الاستيفاء من الأرش ممكن) أقول : تأمل فى تصحيحه ، وذلك بتقدير المضاف : أى من رهن الأرش ، ولو قال : لأن استيفاء الأرش من الرهن لكان بعيدا من التكلف (قوله والثانى أن المكفول غير مضمون به فى نفسه الخ) أقول : ولا يبعد أن يدعى انطواء التعليل الأول على الثانى ، فإن تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله ، إذ الاستيفاء تلو وجوب على ما مر مرارا

الباب لما بينا . وعن أبي يوسف وزفر أنه لايجوز ذلك منهما ، وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء . ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن فى حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال . وفى هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ماله فوضح الفرق (وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك فى يده ويصير الأب) أو الوصى (موفيا له ويضمنه للصبى) لأنه قضى دينه بماله ، وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه. قالوا : أصل هذه المسئلة البيع ، فإن الأب أو الوصى إذا باع مال الصبى من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبى عندهما ، وعند أبي يوسف لاتقع المقاصة ، وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان (وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لادين عليه جاز) لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (ولو ارتهنه الوصى من نفسه أو من هذين أو رهنا عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز) لأنه وكيل محض والواحد لايتولى طرفى العقد فى الرهن كما لايتولاهما فى البيع ، وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه إلحاقا له بالأب ، والرهن من ابنه الصغير

نظيرا للمسئلة الأولى تأمل تفهم (قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه) قال صاحب الغاية ؛ أى كما أن الأب والوصى يضمنان للصبى إذا هلك عبده الذى رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان إذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ يأبى عنه جدا قول المصنف فى التعليل لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه . والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أن الأب والوصى كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبدا للصغير كذلك يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد ، فحينئذ ينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه ، إذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما لابد منه ؛ بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئا آخر وهو أن يقول وأخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن ، إذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لايضمنان شيئا للصبى لأنهما يملكان رهن مال الصبى بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله ؛ فمن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن إياه إذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه إلحاقا له بالأب) قلت : قوله إلحاقا له بالأب

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وهذا أنظر فى حق الصبى ، فإن هلك الرهن فى يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الأب والوصى للصغير قيمة الرهن إذا كانت مثل الدين ، وإن كانت القيمة أكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لأنهما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك . وقوله (وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة) بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشترى . وقوله (وإذا رهن الأب متاع ابنه الصغير) يريد بيان جواز أن يكون الأب راهنا ومرتهنا بالنسبة إلى مال واحد وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته. وقوله (أو عبد له تاجر لا دين عليه) قيد بذلك لأن الشبهة على ذلك التقدير : أما إذا كان عليه دين فلا شك فى جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصى فلأن يجوز من الأب أولى ، فلو رهن الوصى من عبده ولا دين عليه لم يجز : وذلك لأنا نجعل رهنه من عبده الذى لادين عليه فى الموضعين كرهنه من نفسه ، إلا أنه لو رهن الأب من نفسه جاز فكذا إذا رهن من عبده ، والوصى لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده ، وهذا بناء على أن بيع الأب مال ولده من نفسه جائز ، وإن لم يكن فى ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وإن كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة . وأما بيع الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه

(قال المصنف : وعن أبي يوسف وزفر أنه لايجوز ذلك منهما وهو القياس) أقول : فينبغى أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن (قوله لادين عليه فى الموضعين) أقول : يعنى الأب والوصى (قوله وإن كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول : بل بأقل من

وعبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه . بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذى عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لأن له حكما واحدا (وإن استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لأن الأولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء (وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يرده حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به فى مال الأب) لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن (وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه) لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على أمرين جائزين (فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد) لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار ، وكذلك الوصى ؛ وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصى الأب (ولو رهن الوصى متاعا لليتيم فى دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لأن فعل الوصى

علة للمنفى دون النفى تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين) قال صاحب العناية : يريد به رهن الأب والوصى متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير ، وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح هاهنا . أقول : فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف ، فإن الذى ذكره المصنف فيما قبل إنما هو رهن الأب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصى إياه ، فالظاهر أن الضمير فى قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع إلى الأب فقط ، فدرج رهن الوصى أيضا فى بيان مراد المصنف هاهنا لايناسب سياق كلامه . وأيضا قال المصنف فيما بعد : وكذلك الوصى وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصى الأب . ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضى أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالأب ، فدرج الوصى فى مضمونه لايناسب لحاق كلامه . فالحق فى شرح هذا المقام ماذكره صاحب العناية حيث قال : أراد بهما رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى . ثم قال صاحب العناية فى بيان وجه قول المصنف لاشتماله على أمرين جائزين : وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس انتهى . أقول : فى هذه الكلية منع ظاهر ؛ ألا يرى أن إنسانا أو فرسا يطيق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الأحجار والأشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا ، وإن رجلا شجاعا يطيق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد

من نفسه على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح ، فالضمير فى قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصى . وقوله (لأن له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالأقل من القيمة والدين ، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبى . وقوله (وإذا رهن الأب متاع الصغير) يعنى سواء كان لنفسه أو للصغير . وقوله (ومات الأب) قيد اتفاقى ، لأنه لو كان حيا كان الحكم كذلك . ثم إذا قضى الابن دين المرتهن ، فإن كان الرهن لنفسه فذلك ، وإن كان لوالده فله أن يرجع فى مال والده لأنه مضطر فيه على ماذكر فى الكتاب . وقوله (لاشتماله على أمرين جائزين) يريد به رهن الأب والوصى متاع الصغير بدين على نفسه ورهنهما ذلك بدين على الصغير ، وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما ، لأن كل ماجاز أن يثبت لكل

الدين والقيمة . لايقال : بنى كلامه على الأعم الأغلب وهو مساواة الدين الرهن لأنه ممنوع كما سبق (قوله فإن كان الرهن لنفسه) أقول :

كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعاره لحاجة الصبي . والحكم فيه هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى (والمال دين على الوصيّ) معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لأنه غير متعدّ في هذه الاستعارة إذ هي لحاجة الصبيّ (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبيّ) لأنه متعد إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه (ولو غصبه الوصيّ بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصيّ ضامن لقيمته) لأنه متعدّ في حق المرتهن بالغصب والاستعمال . وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه ، فيقضى به الدين إن كان قد حلّ (فإن كان قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وإن كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لأن المضمون عليه قدر القيمة لاغير (وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن والفضل لليتيم ، وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ، ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدّ . وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ، ولهذا قال في كتاب الإقرار : إذا أقرّ الأب أو الوصيّ بغصب مال الصغير لايلزمه شيء لأنه لايتصوّر غصبه لما أن له ولاية الأخذ ، فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن

ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معا ، وهذا في الأمور الخارجية . وأما في الأحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجامع كل واحدة من الأختين منفردة عن الأخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما معا في الجماع بشيء من ذينك السببين ، ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل : وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك يد ينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيئا . لكن لايخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المذكور بدون تلك الكلية لايفيد الشفاء في إثبات المدعى هنا . ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الإصلاح حيث قيد قوله لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل بأن قال : إذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الأختين وسائر مالا يجوز الجمع بينهما . أقول : هذا التقييد يخل بالمقام ، أما أولا فلأن التعليل المذكور لايتم إثباتا للمدعى حينئذ ، فإن عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسئلة ، إذ لو كان بينا في نفسه لما احتيج إلى ذكر جواز رهن الأب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه إياه بكل واحد منهما . وأما ثانيا فلأنه لايتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس ، فإن مايثبت للكل يجوز أن يثبت للجزء إذا لم يمنع عنه مانع سيما في الأمور الهينة (قوله ولهذا قال في كتاب الإقرار : إذا أقر الأب أو الوصيّ بغصب مال الصغير لايلزمه شيء لأنه لايتصوّر غصبه لما أن له ولاية الأخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : لم لا يكون إقرارا بالاستعمال في حاجته فإنه متعدّ فيه

واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس . وقوله (كفعله بنفسه) أي كفعل اليتيم بنفسه . وقوله (والحكم فيه هذا) يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين ، لأن عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ، ولايمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون . وإذا لم يسقط الدين بهلاكه يرجع المرتهن على الوصيّ بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ، ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاعت العين من مال اليتيم ، لأنه إنما استعاره لحاجة اليتيم . وقوله (يضمنه لحق المرتهن) يعني قدر الدين ، ولا يضمنه لحق الصغير : يعني قدر الزيادة على الدين . وقوله

أي لمصلحة نفسه (قوله جاز أن يثبت للكل) أقول : إذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الأختين وسائر ما لايجوز الجمع بينهما (قوله دون العكس) أقول : كما في الوكيلين والوصيين لايجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف : لما أن له ولاية الأخذ) أقول : لم لايكون إقرارا بالاستعمال في حاجته فإنه متعد فيه ولهذا يضمنه .

يأخذه بدينه إن كان قد حل ، ويرجع الوصيّ على الصغير لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له . وإن كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن . ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصى على الصبى بذلك لما ذكرنا . قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه يتحقق الاستيفاء منه فيكان محلا للرهن (فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا فى الجودة) لأنه لامعتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها . وهذا عند أبى حنيفة لأن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة . وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفى الجامع الصغير : فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضى الله عنه : معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر . هذا الجواب فى الوجهين بالاتفاق . لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة . وهى مثل الدين فى الأول وزيادة عليه فى الثانى فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن كان قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور . لهما أنه لاوجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن . ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدى إلى الربا فصرنا إلى التضمين . بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه . وله أن الجودة ساقطة العبرة فى الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها . واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما إذا تجوّز به وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه . ولا يمكن نقضه بإيجاب

ولهذا يضمنه انتهى . أقول : ليس ذاك بشىء فإن الاستعمال فى حاجة نفسه ليس بداخل فى حقيقة الغصب ولا أمر لازم له . إذ الغصب فى اللغة أخذ الشىء من الغير على سبيل التغلب . وفى الشريعة أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله فى صدر كتاب الغصب ، ولا شك فى عدم دخول الاستعمال فى حاجة نفسه فى شىء من معنيى الغصب ولا فى عدم لزومه لشىء منهما فكيف يكون الإقرار بالغصب إقرارا بالاستعمال فى حاجته (قوله وفى الجامع الصغير : فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال فى العناية : وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل

(يأخذه بدينه) أى يأخذ المرتهن ماضمنه الوصىّ بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه ليس بمتعدّ بل هو عامل له (قال : ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل مايمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها ، فإن رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا فى الجودة ، ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه ، وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ذكره . وقوله (فهو بما فيه) يعنى فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله . وقوله (فى الوجهين) يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه أو أكثر على ماذكره فى الكتاب . وقوله (على الخلاف المذكور) يعنى عند أبى حنيفة رحمه الله يهلك بالدين ، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ، وقوله (ثم يتملكه) يعنى الراهن يتملك الرهن الذى جعل مكان الرهن الأول . وقوله (واستيفاء الجيد بالردىء جائز) قال فى النهاية : هكذا وقع فى النسخ ، ولكن الأصح أن يقال : واستيفاء الردىء بالجيد جائز ، وإنما قلنا إن هذا أصح لوجهين : أحدهما أن الاستدلال بقوله كما إذا تجوّز به أى فى بدل الصرف والسلم يؤذن أن الأصح أن يقال : واستيفاء الردىء بالجيد ، لأن التجوّز إنما يستعمل فيما إذا أخذ الردىء مكان الجيد ، ولأن جواز استيفاء الجيد بالردىء لا شبهة لأحد فيه فلا يحتاج إلى الاستدلال بشىء آخر . والثانى الاستدلال بوضع المسئلة ، فإن وضع المسئلة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة إبريق هى أقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردىء بمقابلة جيده ، وأرى أن مافى النسخ حق ويفيد مايرومه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل . وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالإجماع)

(قوله والدراهم والدنانير) أقول : والمكيل والموزون كذلك ، وإنما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ذكره) أقول : لايخفى أن رواية القدورى أيضا محتاجة إلى التفصيل .

الضمان لأنه لابد له من مطالب ومطالب ، وكذا الإنسان لايضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء وهو معروف ، غير أن البناء لايصح على ماهو المشهور لأن محمدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف . والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف ليستوفى من عينها ، والزيافة لاتمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر فلابد من نقض القبض ، وقد أمكن عنده بالتضمين ، ولو انكسر الإبريق في الوجه الأول وهو ما إذا كانت

ماذكره انتهى . وقال بعض الفضلاء طعنا فيه : لايخفى أن رواية القدورى أيضا محتاجة إلى التفصيل انتهى . أقول : هذا كلام لغو ، إذ لايخفى أن رواية القدورى ليست بمحتاجة إلى تفصيل كثير مثل ماتحتاج إليه رواية الجامع الصغير ، وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حتى يقال : إن رواية القدورى أيضا محتاجة إلى ذلك ، بل مراده أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل كثير زائد على ما احتاج إليه رواية القدورى كما أتمه المصنف في مقدار تمام جانبي الورقة . وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله إلى تفصيل ذكره فلغا ما قاله ذلك البعض كما لايخفى (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية : أى على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة . واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم

لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض إلا بالرد ، والفرض عدمه ، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لابد له من مطالب وهو إما أن يكون الراهن أو المرتهن ، لاسبيل إلى الأول لكونه متعنتا لطلبه مايضره ، ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالبا ، ولأنه يلزم تضمين الإنسان ملك نفسه لنفسه ، وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين . وقوله (قيل وهذه فريعة ما إذا الخ) إنما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ماروى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمدا مع أبي يوسف رحمهما الله في تلك المسئلة . وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لأن محمدا فيها مع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله . وقوله (والفرق لمحمد) يعنى على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أى رب الدين قبض الزيوف ليستوفى حقه من عينها : أى أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لاتمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك ، وللمرتهن قبض الرهن ليستوفى دينه من محل آخر فكان قابلا لرده بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض . ووجه البناء ماقيل إن الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء ، وهناك المستوفى إذا تعذر ردّه بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة لمكان الجودة ، فكذا في الرهن ، وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى ويقام ردّ المثل مقام ردّ العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن . قال شيخ الإسلام رحمه الله في مبسوطه : ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأة أولى ، لأنه وجد هاهنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمة . وقوله (ولو انكسر الإبريق) كان الكلام فيما مرّ من حيث هلاك الرهن وهاهنا من حيث انكساره ، ولو انكسر الإبريق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لايجبر الراهن على الفكاك لأنه إن أجبر عليه فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن ، لا وجه إلى الأول لأنه : أى المرتهن يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ، فإنه

(قال المصنف : وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد الخ) أقول : فإن قلت : لاأولوية لكون هذه فرع تلك دون العكس ، بل الظاهر أن كليهما فرعا أصل واحد . قلت : بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعنى على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول : فيه بحث ، إذ ينهدم حينئذ أمر البناء : يعنى بناء على قول محمد كما لايخفى على أولى النهى ، إلا أن يقال : المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول : على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول : هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله) أقول : يعنى أو مع كمال الدين .

قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لايجبر على الفكاك لأنه لاوجه إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ، إن شاء افتكه بما فيه وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن ، والمكسور للمرتهن بالضمان . وعند محمد إن شاء افتكه ناقصا وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك ، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجاناً صار بمنزلة الهلاك ، وفى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالإجماع فكذا فيما هو فى معناه . قلنا : الاستيفاء عند الهلاك بالمالية ، وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفى جعله بالدين إغلاق الرهن وهو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة أولى . وفى الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديئا من جنسه وتكون رهنا عنده ، وهذا بالاتفاق

صاحب العناية . أقول : لم أدر كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه ، إذ قد صرح المصنف بأن بناء هذه المسألة على تلك المسألة لايصح على الرواية المشهورة فى تلك المسألة ، لأن محمدا فيها مع أبي حنيفة وفى هذه المسألة مع أبي يوسف . وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك إنما يتصور على ماروى عيسى بن أبان أن محمدا مع أبي يوسف فى تلك المسألة . ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين إنما يتصور على الرواية المشهورة فى تلك المسألة دون رواية عيسى بن أبان فيها ، فإن قول محمد واحد فى المسئلتين على روايته ، فالفرق لمحمد ينافى البناء قطعا . والصواب فى شرح هذا المحل أن يقال : أى على تقدير أن لاتكون هذه

لم ينقص من الدين إلا فى مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر وذلك ربا ، ولا إلى الثانى لما فيه من الإضرار بالراهن لأن المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل إليه حقه ناقصا إذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لامحالة فخيرناه بين أن يفتكه بما فيه : أى بالدين الذى فى المكسور وهو جميع الدين ، وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان . وقال محمد : إن شاء افتكه ناقصا ، وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك ، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانا : يعنى لما تقدم أنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين ولا أن يفتكه مع النقصان بقى أن يفتكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك فى تعذر الفكاك وفى الحقيقى من الهلاك مضمون بالدين بالإجماع ، فكذا فيما هو فى معناه . وقلنا : الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية ، وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ، ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع ، وفى جعله مضمونا بالدين إغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلى بأن يصير الرهن مملوكا كالمرتهن وهو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة أولى . وفى عبارته تسامح ، والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شاكل ذلك . وقوله (وفى الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشره فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربا أو رديئا من جنسه ، ويكون المضمون رهنا عنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسور له ، وهذا بالاتفاق . وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه فى حالة الانكسار على مامر ، وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر الانكسار بالهلاك ، والهلاك عنده بالقيمة : يعنى فى هذا الفصل ، وهو ما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لابالدين فكذا الانكسار ، وإنما قدم الوجه الثالث على الثانى لاحتياج الثانى إلى زيادة بيان فيه طول ، وفى الوجه الثانى وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثنى عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده . وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته ويملك خمسة أسداس الإبريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع ، فإن الطارئ منه فيه

(قوله وفى عبارته تسامح . والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ماشاكل ذلك) أقول : فيه بحث (قوله احترازا عن الربا الخ) أقول : فيه بحث ، بل التقييد بالجيد للإيذان بأنه لايلزم الربا فى خلاف الجنس وإن ضمن بالجيد فليتأمل ، فإن مراده تعليل

أما عندهما فظاهر . وكذلك عند محمد لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة . وفى الوجه الثانى وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر عند أبى حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده ، لأن العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة . فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا ، وإن كان بعضه فبعضه ، وهذا لأن الجودة تابعة للذات ، ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة . وعند أبى يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ، ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا ؛ فعنده تعتبر الجودة والرداءة ، وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر . وهذا لأن الجودة متقوّمة فى ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها ، وفى تصرف المريض وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فأمكن اعتبارها ، وفى بيان

المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها . بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الأصح كما ذكره شيخ الإسلام فى مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح هاهنا . ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافى فى هذا المقام حيث قال : وقيل هذه المسئلة فرع ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فإنه سقط دينه ولا شىء عليه فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه . وقول محمد أولا كقول أبى حنيفة وآخرا كقول أبى يوسف ، كذا ذكره عيسى بن أبان . والأصح أن هذه المسئلة مبتدأة لأن محمدا مع أبى حنيفة فى تلك المسئلة فى المشهور

كالمقارن كما تقدم . وعند محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار إن كان درهما أو درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين ، وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين . ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن العبرة فى الأموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة ؛ فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة ، وإن كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه . وتنقسم الجودة على المضمون والأمانة ، فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لأن الجودة تابعة للذات ، ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة ، وفى مسئلتنا كان كله مضمونة من حيث الوزن لأن الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الأصل . والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة ، وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هى بمنزلة الغصب فى كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب ، لكن بخلاف جنسه . ووجه قول أبى يوسف رحمه الله أن الضمان والأمانة يشيع فى الوزن والجودة ، لأن الجودة متقومة فى ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة (بخلاف جنسها وفى تصرّف المريض) فإنه إذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشترى ويعتبر خروجه من الثلث وإهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدرا فى ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة فى الوزن فأمكن اعتبارها ، ويصير خمسة أسداس الإبريق مضمونا لجودته وصنعته وسدسه أمانة ، فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر . وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه . ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للمناسبة ، لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه ، وصفة الأمانة فى المرهون كذلك فيجعل الأصل فى مقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع ، وإذا ظهر ذلك فإن زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان

تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه ، فإن المرتهن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية إن ضمن قيمته جيدا من جنسه (قوله بخلاف جنسها) أقول : لئلا يلزم الربا ، فإنه إذا ضمن بجنسه يملك المرتهن عشرة دراهم بمقابلة اثنى عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول : حذرا عن الربا .

قول محمد نوع طول يعرف فى موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها . قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لايجوز ، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا فى المجلس فقبل . وجه القياس أنه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه . ولأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ، ومثله يفسد البيع . وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد . لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه يلائم الوجوب . فإذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد . وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد . ولوكان غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر : يجبر لأن الرهن إذا شرط فى البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى الرهن فيلزمه بلزومه . ونحن نقول : الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على مابيناه ولاجبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار إن شاء رضى بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع) لأنه وصف مرغوب فيه وما رضى إلا به فيتخير بفواته (إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لأن يد الاستيفاء

ومع أبى يوسف فى هذه المسئلة ، والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف إلى آخر كلامه تبصر (قوله فإذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية : أى معنى الشرط وهو الملاءمة . أقول : ليس هذا بسديد . إذ لايساعده تحرير المصنف قطعا ، فإنه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ماذكره الشارح المذكور ، وهو أى معنى الشرط الذى هو الملاءمة ملائم ولا حاصل له كما لايخفى . فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى : أى معنى الشرط الذى هو الاستيثاق ، وهو أى هذا المعنى الذى هو الاستيثاق ملائم : أى ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد ، وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله فى وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد ، لأن الكفالة والرهن للاستيثاق ، وأنه ملائم للوجوب (قوله وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول : فيه شىء ، وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن إفادة تمام المدعى فإنه إنما يتمشى فيما إذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما إذا كان الكفيل غائبا ، إذ الغيبة لاتقتضى الجهالة لجواز أن يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا فى المجلس ، بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله قسيما لكون الرهن والكفيل غير معين ، اللهم إلا أن يقال : إن الجهالة المذكورة فى التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان ، وإن الجهالة الثانية تتحقق فيما إذا كان الكفيل غائبا لكن فيه مافيه تأمل . ثم إن صاحب العناية قال فى شرح هذا المقام : يعنى أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط إنما كان باعتبار النظر إلى معناه ، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق ، لأن المشترى ربما يأتى بشىء يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملىء ، وليس فى ذلك من التوثق شىء فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى . أقول : وفيه قصور . أما أولا

فى المضمون وهو العشرة بالانكسار ، والانكسار عنده كالهلاك ، وفى هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه ، فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا ، وإن لم يزد على الدرهمين وقع النقصان فى الأمانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شىء . واعلم أن الدرهم والدرهمين ليسا بحد فاصل فى ذلك ، وإنما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان ، وإنما وقع الدرهمان هاهنا باعتبار أن الزيادة فى المسئلة مفروضة بذلك . قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيئا بعينه الخ) كلامه واضح . وقوله (لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعنى أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط إنما كان بالنظر إلى معناه ، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق ، لأن المشترى ربما يأتى بشىء يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملىء ، وليس فى ذلك من التوثق شىء فبقى

تثبت على المعنى وهو القيمة .قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء ، والعبرة فى العقود للمعانى حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة فى ضد ذلك كفالة. وقال زفر : لايكون رهنا ومثله عن أبى يوسف ، لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع ، والثانى أقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك ، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن . قلنا : لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن .

(فصل)

ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) وحصة كل واحد منهما مايخصه إذا قسم الدين على قيمتهما ،وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع فى يد البائع ، فإن سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من

فلأنه ترك ذكر كون الكفيل غير معين فى تصوير المدعى حيث قال : وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا فى مسئلة الكتاب . وأما ثانيا فلأن قوله فى التعليل أو يعطى كفيلا غير ملىء لايفيد ماسبق له وهو قوله فى المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا آنفا أن غيبة الكفيل عن المجلس لاتقتضى عدم تعينه فيجوز أن يعين المشترى للكفالة رجل مليئا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيلا غير ملىء بعد أن عين الملىء للكفالة . والحق فى تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال بجواز أن لايقبل الكفالة عند حضوره ، ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح تدبر .

(فصـــل)

قال فى العناية أخذا من النهاية : وجه الفصل كون الرهن متعددا ، ولا خفاء فى تأخر التعدد عن الإفراد انتهى . أقول : لايذهب عليك أن هذا الوجه إنما يتم بالنظر إلى المسئلة الأولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه ، إذ لاتعدد فى الرهن فى شىء منها ، وإنما التعدد فى المرتهن فى بعض منها وفى الراهن فى بعض آخر منها . فالأولى أن يقال : وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن

الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد . وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوبا غير المشترى . والصواب أنه وغيره سواء ، ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف . وقوله (علم أن مراده الرهن) لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك ، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن .

(فصـــل)

وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء فى تأخر التعدد عن الإفراد . قوله (وصار كالمبيع فى يد البائع) فى أن المشترى إذا أدى حصة أحدهما من الثمن فى البيع لايتمكن من أخذه حتى يؤدى باقى الثمن ، فإذا سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئا

(فصل ومن رهن عبدين)

(قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول : أو الراهن أو المرتهن .

المال الذى رهنه به . فكذا الجواب فى رواية الأصل : وفى الزيادات : له أن يقبضه إذا أدى ماسمى له . وجه الأول أن العقد متحد لايتفرق بتفرق التسمية كما فى المبيع . وجه الثانى أنه لاحاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين لايصير مشروطا فى الآخر ؛ ألا يرى أنه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز .

أو الراهن متعددا كما أشار إليه فى غاية البيان ، فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة فى هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية : وحاصله أن الصفقة تتفرق فى باب الرهن بتفرق التسمية ، فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة ، بخلاف البيع فإنها لاتتفرق فيه بتفرق التسمية ، بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشترى العقد فى أحدهما دون الآخر لم يجز كما فى حالة الإجمال ، وهذا لأن البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك مابقى فينفسخ البيع فيه ، بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهى حكم الرهن لحصول المقصود ، كما أن بالافتكاك ينتهى حكم الرهن ، فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤدّ ذلك إلى تفريق الصفقة لأن أكثر مافيه أن يهلك مابقى فينتهى حكم الرهن فيه انتهى . أقول : فيه بحث ، وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق فى باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق فى باب البيع بذلك بدليلين : أحدهما إنىّ وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المرتهن الرهن فى أحدهما دون الآخرجاز ، وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المشترى العقد فى أحدهما دون الآخر لم يجز . وثانيهما لمىّ وهو ماذكراه بقولهما ، وهذا لأن البيع عقد تمليك الخ ، والأول منهما سالم والثانى منظور فيه عندى ، إذ لاشك أن المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرّقة فى الأصل ، وأن الكلام هنا فى إثبات أن الصفقة تتفرّق بتفرّق التسمية فى باب الرهن ولا تتفرق بذلك فى باب البيع ، فالتأدّى إلى تفريق الصفقة فى باب البيع على تقدير أن يتمكن المشترى من قبض بعض المعقود عليه بعد مانقد بعض الثمن إنما يكون محذوراً عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية فى باب البيع ولم يثبت بعد ، بل هو أول من قصد إثباته هنا بقولهما ، وهذا لأن البيع عقد تمليك الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب . فالوجه الظاهر فى لمية الفرق بين بابى الرهن والبيع فى تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافى حيث قال : وإنما افترقا لأن ضم الردىء إلى الجيد متعارف فى البيع غير متعارف فى الرهن . فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشترى أن يقبل فى أحدهما فيقبل الجيد فيتضرّر به البائع ، ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرّر به الراهن ، ولأن فى البيع إذا جمع بينهما او تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا فى الأولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به ، أما الرهن فلا

كما لو رهن عبدين بألف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب فى رواية الأصل . وفى الزيادات له أن يقبض إذا أدى ماسمى ، ووجه كل واحد منهما ماذكر فى الكتاب . وقوله (ألا يرى) توضيح لذلك ، فإنه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول فى الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض فى الانتهاء . وحاصله أن الصفقة تتفرّق فى باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة . بخلاف البيع فإنها لاتتفرق فيه بتفرق التسمية ، بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشترى العقد فى أحدهما دون الآخر لم يجز كما فى حالة الإجمال ، وهذا لأن البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله ، فبعد مانقد بعض الثمن لوتمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك مابقى فينفسخ البيع فيه ، بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهى حكم الرهن لحصول المقصود به ، كما أن بالافتكاك ينتهى حكم الرهن

(قوله وهذا لأن البيع الخ) أقول : قوله وهذا : أى وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لايتمكن المشترى من قبض حصة الثمن بنقده فى الأول ، ويتمكن الراهن بأداء حصة أحد الرهنين من استرداده بأنه لايلزم تفريق الصفقة قبل التمام فى الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة إلى الاتحاد فيه (قوله فإنه بالهلاك ينتهى) أقول : أى بالهلاك فى يد المرتهن .

قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز ، وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه ، وموجبه صيرورته محتبسا بالدين ، وهذا مما لايقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منهما ، وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لاتجوز

يفسد بالشرط الفاسد لأنه تبرع كالهبة انتهى . ثم قال صاحب النهاية والعناية : فإن قيل : هذا فى حالة الإجمال موجود . قلنا : نعم ، ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين ، وربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد الراهن فكاك الذى قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذى رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضى إلى المنازعة ، فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضى إلى المنازعة فلهذا يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى . أقول : فى الجواب بحث . أما أولا فلأنه لم لايجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا فى قطع المنازعة فى حالة الإجمال ، ولولا ذلك لما كان فى قول المصنف فى صدر مسئلة الإجمال وحصة كل واحد مايخصه إذا قسم الدين على قيمتهما فائدة ، وأما ثانيا فلأنه إذا كان العبدان متساويين فى القيمة لايوجد هناك جهالة تفضى إلى المنازعة مع أن جواب مسئلة الإجمال تعم هذه الصورة أيضا . فالأولى: فى دفع النقض بحالة الإجمال أن يقال : لأن تفرق الصفقة إنما يتصور فيما إذا كان فى كلام العاقد مايتحمله كما فى حالة التفصيل فإن تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة ، بخلاف حالة الإجمال إذ لم يوجد فيه شىء يتحمله ، فإذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وإن لم يلزم التأدى إلى تفريق الصفقة قبل تمامها فى باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه فى حالة الإجمال أيضا تأمل (قوله فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز ، وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه) قال صاحب العناية أخذا من النهاية : قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبى يوسف ومحمد، فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة . والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع ، فإن العين الواحدة لايمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتنقسم

فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك إلى تفريق الصفقة ، لأن أكثر مافيه أن يهلك مابقى فينتهى حكم الرهن فيه . فإن قيل : هذا فى حالة الإجمال موجود . قلنا : نعم ، ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين ، فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد الراهن فكاك الذى قيمته ألفان فأدى ألفا ويقول هذا الذى رهنته بألف والمرتهن يقول بل هذا رهن بألفين ، فكان ذلك جهالة تفضى إلى المنازعة . فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضى إلى المنازعة ، فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين . قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ، ولم يتعرض لكونهما شريكين فى الدين أو غيره ، ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير لأن الكل فى ذلك سواء . وقوله (لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه) قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة . والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لايمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليهما للجواز ، والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس ، ويجوز أن تكون العين

(قوله فلو تمكن من استرداد) أقول : أى فلو تمكن الراهن .

عند أبي حنيفة (فإن تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته ، إذ الاستيفاء مما يتجزأ . قال (فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر) لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

عليهما للجواز ، والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس . ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريما للجواز لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه ، إلى هنا كلامه . أقول : هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة ، إذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما . وإنما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ، ألا يرى إلى ما مر في كتاب الهبة من أنه إذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع ، وإن وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة ، وقالا : يصح لأن هذه أشبهت الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما لو رهن من رجلين . وله أن هذا هبة النصف من كل واحد ، ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح ، لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى . فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلا ، ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى (قوله وإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر ، لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أخذا من النهاية : اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء ، فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه ، وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكن يسترده . وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا ، فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فإن فيه وفاء بدينهما ، فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه ردّ ما قبضه ثانيا انتهى . أقول : هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لأن السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليها قوله فينبغي أن يكون الرهن في يد

الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه ، وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم . وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) يشير إلى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن . وقوله (لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرّق) اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء ، فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه ، وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده . وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا ، فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن ، فإن فيه وفاء بدينهما ، فتبين أن

(قوله لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الخ) أقول : وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما ، وكان المراد ذلك (قال المصنف : فإن تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) أقول : هذا إذا كان ما لا يتجزأ فظاهر ، وإن كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف ، فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وأصل المسئلة الوديعة فيما إذا أودع رجل عند رجلين شيئا يقبل القسمة ، فدفع أحدهما كله إلى الآخر . قيل الدافع يضمن عنده خلافا لهما ، كذا في شرح الزيلعي ، وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال : وكذا الجواب في المرتهنين .

وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن . قال (وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين . وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين) لأن قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع (فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ، ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل ، لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك فى حالة واحدة . ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية . ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدى إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر . ولا يقال : إنه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا إذا جهل التاريخ بينهما ، وجعل فى كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان . لأنا نقول : هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة إلى مثله فى الاستيفاء ، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره

الآخر من كل وجه ، ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة ، وأنها تقتضى أن لا يكون ارتهان الذى استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه ، لأن مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه ، فما وجه بقاء ارتهانه بعده . وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما مالم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل ، بل هو يقول : لا معنى ابقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه إذا كان الرهن فى يد الآخر ، ويستند فى ذلك إلى المقدمة التى بسطها فى أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية : وهو أحد الوجوه فى هذه المسئلة . وجملتها أن العبد إما أن يكون فى أيديهما أولا فى يد واحد أو فى يد أحدهما . فإن كان فى يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض

القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا . قال (وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا الخ) هذه عكس المسئلة التى تقدمت وهى واضحة . ومن شعبها ما إذا كان فى يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها ، وجملتها أن العبد إما أن يكون فى أيديهما أولا فى يد واحد أو فى يد أحدهما ، فإن كان فى يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما فى الشراء وقد تقدم ، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأول فإنه صريح فى السبق وهو يفوق الدلالة ، وإن لم يكن فى يد واحد منهما فهو المذكور فى الكتاب أولا وكلامه فيه واضح . وإن كان فى أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى ، وإن لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ماذكر فيها من القياس والاستحسان . قال محمد رحمه الله فى الأصل : وبه أى بالقياس نأخذ ، ووجهه ماذكر فى الكتاب . والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت فى جميع الرهن ، حتى إذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه فى الحبس معه ، وهاهنا كل واحد منهما غير راض بذلك . وقد أشار المصنف رحمه الله إلى هذا فى الوجه الأول بقوله : لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ . وباقى كلامه واضح والله تعالى أعلم .

(قال المصنف : لأنه يؤدى إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر) أقول : هذا إذا لم يؤرخا ، فإن أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى ، لأنه أثبته فى وقت لا ينازعه فيه أحد ، وكذا إذا كان الرهن فى يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد . كذا فى شرح الزيلعى ، وإذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور فى غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهى واضحة ومن شعبها) أقول : الضمير فى شعبها راجع إلى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول : أى كونه فى يد رجل (قوله وجملتها أن العبد إما أن يكون فى أيديهما أو لا فى يد أحدهما) أقول : لا فرق بين أن يكون فى أيديهما وأن لا يكون فى يد واحد منهما فإنه لا تقبل البينة فى حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وإن كان فى أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول : وهذا التفصيل لابد منه فى المسئلة الأولى ، فإن كونها مسئلة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد فى الأصل وبه أى بالقياس نأخذ) أقول : يعنى فى المسئلة الأولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول : تعليل لقوله يثبت فى جميع الرهن .

فى الاستيفاء . وليس هذا عملا على وفق الحجة . وما ذكرناه وإن كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته . وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لاحكم له . قال (ولو مات الراهن والعبد فى أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ماوصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبى حنيفة ومحمد . وفى القياس : هذا باطل . وهو قول أبى يوسف لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلى لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما فى حالة الحياة . وجه الاستحسان أن العقد لايراد لذاته وإنما يراد لحكمه . وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشيوع يضره . وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين والشيوع لايضره . وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت فى حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام . والله أعلم .

(باب الرهن يوضع على يد العدل)

قال (وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز . وقال مالك : لايجوز) ذكر قوله فى بعض النسخ لأن

دليل سبق عقده كما فى الشراء وقد تقدم ، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأول فإنه صريح فى السبق وهو يفوق الدلالة ، وإن لم يكن فى يد واحد منهما فهو المذكور فى الكتاب أولا وكلامه فيه واضح ، وإن كان فى أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى ، وإن لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ماذكر فيها من القياس والاستحسان . قال محمد فى الأصل : وبه أى بالقياس نأخذ ، ووجهه ماذكر فى الكتاب انتهى . أقول : فى تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب ، فإنه ذكر التفصيل فى الشق الثالث بقوله فإن علم الأول منهما الخ ، وترك هذا التفصيل فى الشق الثانى وهو مالم يكن فى يد واحد منهما ، مع أن هذا التفصيل مما لابد منه فى ذلك الشق أيضا ، وأيضا إن أراد بمسئلة الكتاب فى قوله وإن لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافى بينه وبين قوله فيما قبل وإن لم يكن فى يد أحدهما فهو المذكور فى الكتاب أولا ، وإن أراد بها قول المصنف ولو مات الراهن والعبد فى أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده . قال محمد فى الأصل : وبه أى بالقياس نأخذ ، فإن محمدا إنما يأخذ بالقياس فى المسئلة الأولى لا فى المسئلة الثانية ، فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الأولى كما لايخفى .

(باب الرهن يوضع على يد العدل)

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر فى هذا الباب الأحكام الراجعة إلى نائبهما وهو العدل لما أن

(باب الرهن يوضع على يد العدل)

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر مايرجع إلى نائبهما وهو العدل ، لأن حكم النائب يقفو حكم الأصل ، والمراد بالعدل هاهنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل وهو وكيل الراهن ببيعه ، لكنه يخالف المفرد فى مسائل ذكرها فى النهاية عن شيخ الإسلام والتمرتاشى رحمهما الله . قال (وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح . وقوله (ذكر قوله فى بعض النسخ) إشارة إلى أن فى بعضها ليس كذلك ، فإنه ذكر فى المبسوطين وشرح الأقطع ابن أبى ليلى بدل مالك ، وكأنه شك فى هذه الرواية عن مالك ، فإن القبض ليس بشرط عنده

(باب الرهن يوضع على يد عدل)

(قوله ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل) أقول : الرضا ببيعه الرهن عند حلول الأجل ليس بلازم فى العدل ، فالأولى أن يقال : سواء رضيا ببيعه الرهن أم لا . قال الإتقانى : قال الحاكم الشهيد فى الكافى : وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن ببيعه) أقول : غير مسلم كليا .

يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض . ولنا أن يده على الصورة يد المالك فى الحفظ إذ العين أمانة ، وفى حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فتنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن . وإنما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق لأنه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع . قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه) لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر (فلو هلك فى يده هلك فى ضمان المرتهن) لأن يده فى حق المالية يد المرتهن وهى المضمونة (ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن) لأنه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وأحدهما أجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى (وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد مادفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع عليه أو هلك فى يده لايقدر أن يجعل القيمة رهنا فى يده) لأنه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف . لكن يتفقان على أن يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده

حكم النائب بقفو حكم الأصل . ثم إن المراد بالعدل هاهنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده . وزاد عليه صاحبا النهاية والعناية قيدا آخر حيث قالا : ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل . أقول : لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجارى بين الناس فيما هو الغالب ، وإلا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الأجل ليس بأمر لازم فى معنى العدل . وعن هذا قال الحاكم الشهيد فى الكافى : ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وإنما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق لأنه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية : يشير إلى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن فى حق المالية والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لايرجع عليه . وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب ، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل ، وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط ، لأن الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه . أقول : هذه العلاوة التى زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشىء ؛ فإن عدم قول الخصم بذلك لايقتضى سقوط السؤال المتجه على أصلنا ؛ إذ لايلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم ، وعن هذا تراهم يقولون : ليس للسائل مذهب ، ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الإلزام بما هو مسلم عندنا لابطريق

كما مرّ فى أول هذا الكتاب ، فإن ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان . وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أى على الراهن عند الاستحقاق . يعنى إذا هلك الرهن فى يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ، ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع ، وهو كالمودع إذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فإنه يرجع على المودع لأن يده يد مودعه . وقوله (ولنا) ظاهر . وقوله (لأنه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع) يشير إلى دفع ماعسى أن يقال . كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن فى حق المالية ، والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لايرجع عليه ، وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب ، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل ، وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به . فإن قيل : القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لأن ذلك إما أن يكون من حيث أمره بذلك ، وذلك غير صحيح لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حقا مستحقا للآمر ، وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن أن يمنعه منه ، وإما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه فى الوضع على يد العدل ، ولا تأثير لذلك لأنهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم ، فكذا لو اتفقا على قبض العدل . فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن ، وتمكنه من المنع لايدل على انتفاء حقه لأنه فسخ للعقد ، والراهن ينفرد به لكونه غير لازم ، والقبض حقه مادام العقد باقيا . وقوله (لايقدر أن يجعل القيمة) أى العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره .

(قوله على أنه سؤال ساقط ، لأن الخصم ليس بقائل به) أقول : فيه بحث .

أوعند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضى ليفعل كذلك ، ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد (وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه) لأن العين لو كانت قائمة فى يده يأخذها إذا أدى الدين ، فكذلك يأخذ ما قام مقامها ، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل . قال (وإذا وكل الراهن المرتهن أوالعدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لأنه توكيل ببيع ماله (وإن شرطت فى عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل) لأنها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ؛ ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ، ولأنه تعلق به حق المرتهن وفى العزل إتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) لأنه لازم بأصله ، فكذا بوصفه لما ذكرنا ، وكذا إذا عزله المرتهن لاينعزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره (وإن مات الراهن لم ينعزل) لأن الرهن لايبطل بموته ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم . قال (وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه فى حال حياته بغير محضر منه ، وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لأن العقد لايبطل

التحقيق بما هو مقرر عنده . فالجواب الحق عنه ما أشار إليه المصنف لاغير (قوله ولو فعل ذلك) قال فى النهاية والعناية : أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الأول أوعند غيره كما ذكره العلامة الزيلعى انتهى . أقول : إن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر فى النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما : أى برأى الراهن والمرتهن ، مع أن الحكم فيه أيضا كذلك فهو ممنوع ، لأنه إنما لايتحقق العموم

وقوله (ولوتعذراجتماعهما يرفع)قال فى النهاية : أى يرفع العدل أحدهما إلى القاضى ؛ وفى بعض الشروح : يرفع الأمر إلى القاضى أحدهما إما الراهن أو المرتهن وهوأظهر (ولوفعل ذلك)أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن ، فالقيمة سالمة له : أى للعدل ، لأن كل ذى حق وصل إلى حقه : الراهن إلى الرهن والمرتهن إلى الدين ، فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد ، فإن القيمة بدل الرهن من حيث العين فى حق الراهن و بدله من حيث المالية فى حق المرتهن ، وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه ، لأن العين لو كان قائما فى يده أخذه إذا أدى الدين ، فكذا مايقوم مقامه ، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل ، وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ؟ ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك فى يد المرتهن لايرجع ، وإن استهلك يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه ، فإن هلك فى يده لم يضمن ، وإن استهلكه ضمن ، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهنا بأن قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لأنه دفع إليه على وجه الضمان . وقوله (وإذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح . وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعنى بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أى أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أى عقد الرهن . وقوله (لأنه) أى عقد الوكالة (لازم بأصله فكذا بوصفه) وهو الإطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه . وقوله (لأن العقد) أى عقد الرهن (لايبطل

(قوله قال فى النهاية : أى يرفع العدل أحدهما إلى القاضى ، إلى قوله : وهو الأظهر) أقول : قال الإتقانى : وذلك ليس بشىء ، لأن العدل هو الضامن للقيمة ، فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضى انتهى . وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك : أى جعل القيمة فى يد العدل رهنا) أقول : وفيه بحث ، بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعى .

بموتهما ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث، ولأن الموكل رضى برأيه لا برأى غيره. وعن أبى يوسف إن وصى الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصى، كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك، وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا. قلنا: التوكيل حق لازم لكن عليه، والإرث يجرى فيما له بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن) لأنه مالكه وما رضى ببيعه (وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن) لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع. قال (فإن حلّ الأجل وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) للوجه الثانى وهو أن فيه إتواء الحق، بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه. أما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه. فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وإنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول، وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثانى، وهذا أصح. وعن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد، ويؤيده إطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الأصل (وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وإن لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا، وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك لا يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن، وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحما ودما. قال (وإن باع العدل الرهن فأوفى

لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأى القاضى لو كان لفظ جعل فى عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل فى عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعا إلى القاضى، وأما إذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة فى عبارة النهاية والعناية قائما مقام

بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التى هى الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التى هى اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير، كذا فى النهاية. وقوله (وإذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعنى والرهن باق كما كان، لأن الرهن لو كان فى يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به، فلأن لا يبطل بموت العدل أولى. وقوله (والإرث يجرى فيما له) أى لا فيما عليه؛ ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه، وإن كان له دين على غيره ورثوه وقوله (أجبر على بيعه) يعنى يحبس أياما حتى يبيعه، فإن لجّ بعد ما حبسه أياما ذكر فى الزيادات أن القاضى يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر. وأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: لا يبيع قياسا على مال المديون، وقال آخرون: يبيعه لأن جهة البيع تعينت. وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه إتواء حقه. وقوله (قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول) ذكر فى المبسوط أنه ظاهر الرواية. وقوله (أن الجواب فى الفصلين) أى فيما كان مشروطا فى الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أى يجبر فيهما (ويؤيده إطلاق الجواب فى الجامع الصغير) حيث قال فيه: إذا أبى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا فى العقد أو لم يكن، وكذلك ذكر فى الأصل مطلقا. وقوله (فقد خرج من الرهن) لأنه صار ملكا للمشترى وملكه لا يكون رهنا (وإذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صحح صاحب النهاية. وفى بعض النسخ من مال المرتهن. وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعنى تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لأن المالك وهو المولى يستحقه: أى هذا الضمان من حيث المالية، وإن كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحرّ (فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن.

المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار . إن شاء ضمن الراهن قيمته . وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما . فنى الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب فى حقه . وإن شاء ضمن العدل لأنه متعدّ فى حقه بالبيع والتسليم . فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه . وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضا لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه . وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار . إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشىء من دينه . وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له . وإنما أدّاه إليه على حسبان أنه ملك الراهن . فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه . وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه . وفى الوجه الثانى وهو أن يكون قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله . ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد . وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع . وإنما أدّاه ليسلم له المبيع ولم يسلم . ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له . وإن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة . وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن . ولو أن المشترى سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه فى البيع عامل للراهن . وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل . ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا . لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع . كما فى الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لايرجع به على المقتضى . بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه . قال رضى الله عنه : هكذا ذكر الكرخى . وهذا

الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معا كما لايخفى على الفطن وإن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر فى النهاية والعناية لما

وقوله(وليس له أن يضمن غيره) أى ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذى أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وإيضاحه شكر الله سعيه سوى ألفاظ وضمائر نوضحها زيادة إيضاح . فقوله (وصح الاقتضاء) أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه. وقوله (وإن ضمن البائع) أى العدل . وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أى على الراهن بشىء . وقوله (فإذا تبين أنه ملكه) أى ملك العدل . وقوله (لم يكن راضيا به) أى بأداء الثمن إلى المرتهن . وقوله (فله) أى فللعدل . وقوله (بطل الاقتضاء) أى بطل قبض المرتهن . وقوله (إنما أدّاه) أى إنما أدى المشترى الثمن إلى العدل ليسلم للمشترى المبيع ولم يسلم . وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أى بالثمن . وقوله(لأن المقبوض سلم له) أى لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن . وقوله(وإن شاء على المرتهن) أى وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذى أدّاه إليه. وقوله (فيرجع به) أى فيرجع المرتهن بحقه الذى هو دينه على الراهن . وقوله (لايرجع به على المقتضى) أى على القابض. وقوله (فيكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول

(قال المصنف : ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار ، إلى قوله : وليس له أن يضمن غيره) أقول : والظاهر أن يكون

يؤيد قول من لايرى جبر هذا الوكيل على البيع . قال (وإن مات العبد المرهون فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ، إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتهن) لأن كل واحد منهما متعدّ فى حقه بالتسليم أو بالقبض (فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين) لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء (وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن . وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان . فإن قيل : لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء . قلنا : هذا طعن أبى خازم القاضى . والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه ، أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن ، بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه . وقد طوّلنا الكلام فى كفاية المنتهى .

جعلت القيمة رهنا فى يد غير العدل الأول فأمره هين ، فإنه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا فى يد العدل الأول وبين أن جعلت رهنا فى يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الأول روما للاختصار .

من لايرى جبر هذا الوكيل على البيع : أى الوكيل الذى لم تكن وكالته مشروطة فى العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة فى العقد وبين الوكالة التى بعد العقد فقال فى الوكيل الذى كانت وكالته بعد عقد الرهن : يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعدّ فى حقه بالتسليم أو بالقبض) يعنى الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله (فلأنه انتقض اقتضاؤه) أى قبضه لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا . وقوله (طعن أبى خازم) يعنى هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمهما الله ، وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضى الحنفى ببغداد . وقوله (والغرور بالتسليم كما ذكرناه) يعنى بقوله لأن كل واحد منهما متعدّ فى حقه بالتسليم . وقوله (أو بالانتقال من المرتهن إليه) أى إلى الراهن (كأنه وكيل عنه) أى كأن المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كانتقال الملك من الوكيل إلى الموكل (والملك بكل ذلك) أى بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر ، لأن التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه . وأما بالانتقال فلأن المرتهن غاصب فى حق المستحق ، فإذا ضمن ملك المضمون ، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لأنه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الرهن متأخرا عن عقد الرهن فكأنه رهن غير ملكه ، ولا يشكل إذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فإنه يرجع على ربّ المال والمضاربة نافذة وإن كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن إليه ، وكل ذلك متأخر عن العقد لأن المضاربة عقد غير لازم ، وكل ماهو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه أنشأ العقد بعد الرجوع فيتقدر ، بخلاف الرهن فإنه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء . وقوله (بخلاف الوجه الأول) يعنى ما إذا ضمن المستحق الراهن لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه وتبين أنه رهن ملك نفسه . وقوله (وقد طوّلنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى) قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن . وقيل يحتمل أن يكون ما لو كان الرهن عبدا فأبق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فإنه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون

للمستحق خيار تضمين المشترى أيضا لأنه متعد بالأخذ والتسليم لكن لم يذكروه (قوله لأن المضاربة عقد غير لازم) أقول : تعليل لقوله ولا يشكل إذا استحق رأس مال المضاربة .

(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

قال (وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته . وإن كان الراهن يتصرف فى ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فإن أجاز المرتهن جاز) لأن التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا) لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل فى المحل (وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هوالصحيح) لأن حقه تعلق بالمالية والبدل لهحكم المبدل فصاركالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا

(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

لما كان التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا طبعا عن كونه رهنا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع (قوله وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة محمد فيه . فى موضع قال : بيع المرهون فاسد ، وفى موضع قال : جائز . والصحيح أنه جائز موقوف . وقوله فاسد محمول على ما لم يجز . فإن القاضى يفسده إذا خوصم إليه وطلب المشترى التسليم . وقوله جائز محمول على ما إذا أجازه وسلمه . كذا فى العناية وغيرها من الشروح .قال بعض الفضلاء : ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة فى التشبيه . فإنه كالفاسد فى عدم ترتب الحكم فى الفعل ، أوأنه مجاز على سبيل المشارفة فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه انتهى . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهى بل هما من قبيل التأويل اللغوى الذى فيه نوع إلغاز وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما فى موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف فى ملكه) أقول : فى تمام هذا القدر من التعليل نظر ،

رهنا لأنه لما استحق بطل الرهن لما قلنا إن الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك .

(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره إنما تكون بعدكونه رهنا فكان متأخرا طبعا فأخره وضعا.قال (وإذا باع الراهن الرهن الخ) إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أولم يعلم به ، فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه . فى موضع قال بيع المرهون فاسد ، وفى موضع قال جائز . والصحيح أنه جائز موقوف . وقوله فاسد محمول على مالم يجز ، فإن القاضى يفسده إذا خوصم إليه فيه وطلب المشترى التسليم . وقوله جائز محمول على ما إذا أجازه وسلمه ذلك ، لأن من تصرف فى مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث ، فإن أجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع بإسقاط حقه راضيا . وكذا لو قضاه الراهن دينه فإن أجاز ينتقل حقه إلى بدله لما ذكر فى الكتاب . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه إن شرط عند الإجازة أن يكون الثمن رهنا كان رهنا وإلا فلا ، لأن الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع بإجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط ، وإن فسخه

(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

(قوله وقوله فاسد محمول على ما لم يجز) أقول : ويجوز أن يقال :قوله فاسد محمول على المبالغة فىالتشبيه ، فإنه كالفاسد فى عدم ترتب الحكم فى الفعل ، أو أنه مجاز على سبيل المشارفة ، فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه . وقوله جائزمحمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل فى الحال .

(وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى رواية ، حتى لو افتك الراهن الرهن لاسبيل للمشترى عليه) لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك اه أن يجيز وله أن يفسخ (وفى أصح الروايتين لاينفسخ بفسخه) لأنه لو ثبت حق الفسخ اه إنما يثبت ضرورة صيانة حقه ، وحقه فى الحبس لايبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفا ، فإن شاء المشترى صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال . وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى وللقاضى أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه . وصار كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض فإنه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثانى موقوف أيضا على إجازته) لأن الأول لم ينفذ والموقوف لايمنع توقف الثانى ، فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى (ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول) والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به ، أما لاحق له فى هذه العقود لأنه لابدل فى الهبة والرهن ، والذى فى الإجارة بدل المنفعة لابدل العين ، وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق . قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفى بعض أقوال الشافعى لاينفذ إذا كان المعتق معسرا . لأن فى تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع . بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لايبطل حقه معنى بالتضمين . وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها ، أما مالايقبل

فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن فإنه ينفذ عتقه كما سيأتى فى الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا . فالوجه فى التعليل هاهنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ، ألا يرى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسألة ومسئلة الإعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال فى آخر تعليل المسئلة : مسئلة الإعتاق من قبل

ففى الانفساخ روايتان كما ذكره فى الكتاب . وقوله (وولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه) أى لا إلى المرتهن . لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضى . وقوله (لما ذكرنا) يعنى لفوات القدرة على التسليم . قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعنى لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثانى موقوف كالأول . لأن الموقوف لايمنع عن التوقف . فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى كالأول . ولو أجاز الأول جاز الأول . وهذا لأن حق المرتهن يتعلق بالثمن ؛ ألا ترى أنه قد يرهن ليباع فأيهما أجازه المرتهن وسلمه إليه نفذ ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده . وإنما خص إجازة البيع الثانى لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة . فإنه بإجازتها يصح العقد الأول وهو البيع ولم تصح هى . وبإجازة البيع الثانى لايصح البيع الأول وإن كان سابقا ويصح هو . والفرق ما ذكره فى الكتاب . والأصل فى ذلك أن من تعلق حقه بشىء وتبدل بإجازته إلى غيره فإن كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه . وإن كان عن غيره لم يتعلق . فعلى هذا إذا باع الراهن الرهن ثانيا وأجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثانى لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه . وإذا آجر بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الأول وسماه أولا لوقوعه قبلها . لأن هذه العقود بعضها لابدل فيه كما فى الهبة والرهن وبعضها وإن كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه كما فى الإجارة فإنه فيها بدل عن المنفعة وحقه فى مالية العين دون المنفعة ، وإذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت إجازته إسقاطا لحقه فنفذ البيع الأول . وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم فى الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما . قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه الخ) إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا . وللشافعى رحمه الله أقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر . قال فى المعسر : فى تنفيذه إبطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع . بل أولى لأنه أسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق . وانا أنه

الرهن فلا يبقى . ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب . ولا خفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى . وعارض الرهن لاينبئ عن زواله . ثم إذا زال ملكه فى الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك . بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد . فلما لم يمنع الأعلى لايمنع الأدنى بالطريق الأولى . وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم . وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لايلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبى حنيفة ، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (إن كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين) لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) لأن سبب الضمان متحقق ، وفى التضمين فائدة فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وإن كان معسرا سعى العبد فى قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان . قال رضى الله عنه : وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين ، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر) لأنه قضى دينه وهو مضطر

أصحابنا وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر (قوله وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لأن يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى القدرة على التسليم . ولهذا لاينفذ بيع الآبق والمستأجر ،

مخاطب أعتق ملك نفسه ، وكل من فعل ذلك صح كما إذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو الآبق أو المغصوب فإنها تشرك المرهون فى فوات يد المالك وفى انتفاء القدرة على التسليم إن باع ، فكان المقتضى متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم . أما تحقق المقتضى فلأنه تصرف صدر عن أهله ، ولا نزاع فيه مضاف إلى محله ؛ لأنه لا خفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن . وأما انتفاء المانع فلأن عارض النهى لاينبئ عن زواله لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ماتقدم ، وشىء من ذلك لايزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن ، وإذا كان باقيا على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح ، ويزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلأن لايمنع الأدنى وهو يد المرتهن أولى . فإن قيل : ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ فى البيع والهبة . أجاب بقوله وامتناع النفاذ ، ومعناه أن حق المرتهن إنما صلح مانعا فى البيع والهبة لإعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين ، وليس ذلك بموجود فى الإعتاق فلا يصلح مانعا . وقوله (وإعتاق الوارث) جواب عما تمسك به الشافعى رحمه الله فى بعض المواضع وادعى أن إعتاقه لغو . وصورته مريض أو وصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون فى الرهن ، ووجهه أن ذلك لايلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبى حنيفة رحمه الله . وأما عندهما فلا إشكال لأنه يعتق فى الحال . وقوله (وإذا نفذ الإعتاق) راجع إلى أول الكلام : يعنى فإذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الإعتاق ، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر . وقوله (إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) يعنى إلا إذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لايقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه . وقوله (لأنه لما تعذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد . وقوله (نذكره) يعنى

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ ، إلى قوله : وليس ذلك بموجود فى الإعتاق فلا يصلح مانعا) أقول : وأيضا الإعتاق لا يقبل الرد والفسخ ، فكذا التوقف بخلافهما فليتأمل .

فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه ، بخلاف المستسعى فى الإعتاق لأنه يؤدى ضمانا عليه ، لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله ، وهنا يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن . ثم أبو حنيفة أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والإعسار . وفى العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا فى حالة واحدة إظهار النقصان رتبته بخلاف المشترى قبل القبض إذا أعتقه المشترى حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبى يوسف والمرهون يسعى لأن حق البائع فى الحبس أضعف لأن البائع لا يملكه فى الآخرة ولا يستوفى من عينه وكذلك يبطل حقه فى الحبس بالإعارة من المشترى ، والمرتهن ينقلب حقه ملكا . ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال (له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلافا لزفر ، هو يعتبر ، بإقراره بعد العتق . ونحن نقول أقر بتعلق الحق فى حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح . بخلاف ما بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية . قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر ، وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق) لأنه يصح بأدنى الحقين وهو ما للأب فى جارية الابن فيصح بالأعلى (وإذا صحا خرجا من الرهن) لبطلان المحلية ، إذ لا يصح استيفاء الدين منهما (فإن كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التفصيل الذى ذكرناه فى الإعتاق (وإن كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد فى جميع الدين لأن كسبهما مال المولى ، بخلاف المعتق حيث يسعى فى الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه ، والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة فلا يزاد عليه . وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لأنهما أدياه من مال المولى ، والمعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه وهو مضطر على مامر . وقيل الدين إذا كان مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته قنا لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض ، بخلاف ما إذا كان حالا لأنه يقضى به الدين ، ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه ، وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه

والإعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ إعتاق الآبق ، كذا فى الكافى وغيره . واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال : أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف ، وبينهما فرق ، إذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف ؛ ألا يرى أن المبيع بالبيع الفضولى لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى . أقول : هذا الاعتراض ظاهر السقوط ، لأنه إنما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على تسليمه بالكلية ، والمنتفى فى بيع الرهن إنما هو القدرة على تسليمه بدون إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلا فيتوقف على إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه ، إذ بواحد منهما

فى هذا الباب فى مسئلة استيلاد الأمة المرهونة . وقوله (وعندهما لتكميله) يعنى وإن عتق عندهما لكن فى عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية ، فإذا أداها كمل العتق . وقوله إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله فإن المبيع محبوس فى يد البائع كالرهن فى يد المرتهن . وقوله (والمرتهن ينقلب حقه ملكا) يعنى أن الرهن إذا هلك فى يده كان مالكا من حيث المالية ، وباقى كلامه واضح . قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن إذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق ، أما عندنا فظاهر لأنه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه أولى ، وأما عنده : أى عند الشافعى رحمه الله فلأنه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن . وقوله (وإذا صحا) يعنى التدبير والاستيلاد (خرجا) أى المدبر وأم الولد : يعنى عندنا . وأما عنده فإن المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر

لأنه أداه من مال المولى . قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف ، والضمان رهن فى يد المرتهن لقيامه مقام العين (فإن استهلكه أجنبى فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا فى يده) لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه . والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك . فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم فى الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية . والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم القبض لايوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء . إلا أنه يتقرر عند الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة)لأنه أتلف ملك الغير (وكانت رهنا فى يده حتى يحل الدين) لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه (وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدرحقه لأنه جنس حقه (ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن)لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن(وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لأن ما انتقص كالهالك

تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما فى البيع الفضولى (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية ، هو معطوف على قوله فإن كان موسرا ضمن قيمتهما ، واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية . أقول : شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب ، لأن قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدورى فى مختصره : وهو مذكور فى البداية أيضا . وقوله فإن كان موسرا ضمن قيمتهما ليس بلفظ القدورى فى مختصره ، وليس بمذكور فى البداية أصلا بل هو من المسائل التى ذكرها المصنف فى الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدورى ، وهى من قوله ولو أقر المولى برهن عبده إلى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين فى أحد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر فى كتاب آخر . وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقق عبارة الشرح . فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر ، فإن كان الدين حالا طولب بأداء الدين ، وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأنه أيضا لفظ القدورى فى مختصره ومذكور فى البداية أيضا فيتم ، ويحسن عطف أحدهما على الآخر ، وترتيب عبارة مختصر القدورى والبداية هكذا فإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه ، فإن كان الدين حالا طولب بأداء الدين ، وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين . وإن كان الراهن معسرا سعى العبد فى قيمته وقضى الدين . وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل فى هذا الترتيب تكن الحاكم الفيصل (قوله وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ، لأن ما انتقص كالهالك .

آنفا . وكلامه واضح . وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فإن كان موسرا ضمن قيمتهما . وقوله والواجب على هذا المستهلك : يعنى الأجنبى ، وقيده بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فإنه يجب عليه قيمته يوم قبض لايوم هلك كما سيجىء . وقوله (كأنها هلكت بآفة سماوية) يعنى تكون الزيادة مضمونة على المرتهن . وقوله (والمعتبر فى ضمان الرهن) تعليل ذلك ، قيل عليه النقصان إنما هو بتراجع السعر وأنه لايسقط من الدين شيئا . وأجيب بأن العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع إلى ما كانت عليه . فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية ، وقد ثبت فى ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين عند القتل ، بخلاف ما إذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر ، لأن العين التى قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شىء من الدين . وقوله (وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر) إشارة إلى هذا السؤال والجواب .

وسقط الدين بقدره . وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر . ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف . قال (وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) لفوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده) لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال . ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء . وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال . ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضمونا بالهلاك . وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرده رهنا كما كان) لأن لكل واحد منهما حقا محترما فيه .

وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لابتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف) قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا بعينه في شرح الكنز : كذا ذكره صاحب الهداية وغيره . وهذا مشكل فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ماضمن بالإتلاف . وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لايعتبر فوجب أن لايسقط بمقابلته شيء من الدين انتهى . أقول : ليس استشكاله بشيء فإنه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره . وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر . إذ لاشك أن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان . ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لامحالة مقدار تمام الألف خمسمائة منه بالإتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما . ولا تأثير في سقوط شيء منه لتراجع السعر أصلا . وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل (قوله وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن . قال بعض الفضلاء : فيه أنه إذا وضع في يد العدل لايسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الإيداع والرهن . أقول : الفرق بين الإعارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في شرح تاج الشريعة . وفي الكفاية مفصلا مستوفى فكأنه لم يرهما فمن شاء فليراجعهما .

وقوله (وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح ، لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لايملكها فكيف يملكها غيره . ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير أطلق الإعارة . وقوله (لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن) لأن قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لايوجبه . وفي إيجاب الضمان على المرتهن بعد الإعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع . وذلك لأن الضمان إنما يجب إذا كان يد الراهن بعد الإعارة يد المرتهن ، ويده إذ ذاك يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لامحالة . فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وأزلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لايرد ، ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن . وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن .

(قال المصنف : فهو مضمون بالقبض السابق لابتراجع السعر) أقول : هذا مشكل لأن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ماضمن بالإتلاف ، وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص إلابتراجع السعر وهو لايعتبر ، فوجب أن لايسقط بمقابلته شيء من الدين ، كذا في شرح الزيلعي ، ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعله يلوح له اندفاع هذا الإشكال (قال المصنف : سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول : فيه أنه إذا وضع في يد العدل لايسقط الضمان مع المنافاة بين يدى الإيداع والرهن فتأمل فإنه ممنوع .

وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدإ (ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن . أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا (وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ فى العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لأنه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين . ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا فى حق البائع . والإطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الإعارة لأن الجهالة فيها لاتفضى إلى المنازعة (ولوعين قدرا

(قوله وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدإ) قال الشراح : وحكم الوديعة كحكم العارية . وحكم الرهن كحكم الإجارة انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بأن قال : إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن لايسقط الضمان لأنه العدل انتهى . أقول : ليس الأمر كما زعمه لأن العدل من رضيا بوضع الرهن فى يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما إذا أودع أحدهما الرهن بإذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن

وقوله (وهذا) أى ماذكرنا من إعارة أحدهما بإذن الآخر أجنبيا (بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي) وجملة هذه التصرفات ستة : العارية ، والوديعة ، والرهن ، والإجارة . والبيع ، والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن . وحكم الوديعة كحكم العارية ، والرهن يبطل عقد الرهن ، وأما الإجارة فالمستأجر إن كان هو الراهن فهى باطلة وكان بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده . وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا إلا بالاستئناف . وأما البيع والهبة فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما بإذن الآخر . وأما من الراهن فلا يتصور (وقوله لما بينا) يعنى فى صورة العارية ، ثم لو اختلفا فى وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن . قال (ومن استعار من غيره ثوبا الخ) ومن استعار ثوبا ليرهنه فالمعير إما أن يطلق فى ذلك أو يقيده بشيء . فإن كان الأول فما رهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالإطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير بإثبات ملك اليد فيعتبر بإثبات ملك العين واليد جميعا بأن استأذن أن يقضى دينا عليه بماله . فإن قيل : اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه . فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر ، فإنه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فإنه يثبت له ملك العين دون اليد ، وزوالا كالبائع بشرط الخيار فإنه يزول ملك اليد دون ملك العين ، وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين . قوله (لأن الجهالة فيها لاتفضى إلى المنازعة) يعنى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فإنها هى المفسدة للعقد ، فصار كما إذا أعار ثوبا وأطلق ، وإن كان الثانى سواء كان التقييد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير إذنه ، فإن كان

(قوله وحكم الوديعة كحكم العارية) أقول : إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن لايسقط الضمان لأنه العدل (قوله فإنه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا الخ) أقول : فيه بحث ، فإن قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوتا ثبوت ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه لايطابق المشروح ، والمراد بالانفصال زوالا أن يبقى ملك اليد ويزول ملك العين كما لايخفى .

لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه . ولا بأقل منه) لأن التقييد مفيد ، وهو ينفى الزيادة ؛ لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه ، وينفى النقصان أيضا لأن غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد) لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص فى الأمانة والحفظ (فإذا خالف كان ضامنا ، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه (وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه فى الاستحقاق (وإن وافق) بأن رهنه بمقدار ما أمره به (إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لأنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لأنه برضاه ، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لربّ الثوب على الراهن على ما بيناه (وإن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع) لأنه غير متبرّع حيث يخلص ملكه

بنفسه . ثم إن الفرق بينهما أنّ فى صورة الإيداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالإيداع للمنافاة بين يد الوديعة ويد الرهن لكون إحداهما موجبة للضمان دون الأخرى كما ذكر فى المنافاة بين يدى العارية والرهن . وأما فى صورة الوضع فى يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل فى قبض الرهن مقام يد المرتهن فى حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الحيثية كما تبين فى بابه ولم يوجد شىء آخر يقتضى انتقاض هذا القبض فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبرا عن الراهن فى أثناء هذه المسئلة من مغلقات هذا الكتاب . وكان لفظ محمد بدل هذا فى هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره شمس الأئمة السرخسى وفخر الإسلام البزدوى وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية . وعن هذا قال بعضهم : لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف وقع من

التقييد بالقدر هى الزيادة عليه لفوات الغرض فإن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه إن احتاج إلى فكاكه وهو أقل المالين . فالزيادة زيادة ضرر وبقى النقصان لأن غرضه أن يستوفى أكثر المالين إن هلك الرهن عند المرتهن ، فإن الراهن يردّ عليه مثل ماتم الاستيفاء به بالهلاك ، ويفوت ذلك إذا رهن بالأقل وكلامه ظاهر . وقوله (ووجب مثله) أى مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لامثل قيمة الثوب إن كانت أكثر ، لأن الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه ، وهو ما إذا وافق المستعير المعير فيما شرطه . وقوله (على مابيناه) يعنى قوله لأنه صار قاضيا دينه بماله ، وكذلك قوله لما بيناه إشارة إليه . وقوله (أن يفتكه جبرا عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر . وقيل نيابة ولعله من الجبران : يعنى جبرانا

(قال المصنف : ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن) أقول : تصحيف عن قوله حين أعسر ، لأن صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط ، وفى المبسوط حين أعسر . قال فخر الإسلام البزدوى : ذكر أنه حين أعسر الراهن ، لأن المعنى لا يستقيم لأن المعير يفتك جبرا من المرتهن لا من الراهن ، لأن الرهن ليس فى يد الراهن وإنما هو فى يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ ، كذا سمع نقلته من خط مولانا إياس . قال فى الكفاية : فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن انتهى . وقال أكمل الدين : افتكه جبرا عن الراهن . قيل : معناه من غير رضاه وليس بظاهر ، وقيل نيابة . ولعله من الجبران يعنى جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى . والأصوب أن عن هاهنا للبدلية ، كما فى قوله تعالى ـ لاتجزى نفس عن نفس شيئا ـ وفى قوله عليه الصلاة والسلام « صومى عن أمك » فلا غبار إذ . يصير المعنى حينئذ جبرا على المرتهن بدل الراهن ، والبدلية بين الراهن والمعير .

ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى المعير فأجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين) لأنه متبرّع إذ هو لايسعى فى تخليص ملكه ولافى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لايقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لأنه لايصير قاضيا بهذا وهو الموجب على مابينا (ولو اختلفا فى ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين (كما لو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لأن القول قوله

الكاتب أو القارئ . وقال صاحب معراج الدراية : معنى قوله جبرا عن الراهن : بغير رضاه . ويوافقه تقرير صاحب الكافى هذه المسئلة حيث قال : ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع إذا قضى دينه . وقال صاحب الكفاية : معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن : أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبر عن المرتهن . وقال صاحب العناية : قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه : من غير رضاه وليس بظاهر . وقيل نيابة ولعله من الجبران : يعنى جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى . أقول : فيه كلام أما أوّلا فلأن ما اختاره من المعنى لايتمشى فيما إذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن إذ لم يفت عن الراهن إذ ذاك القضاء بنفسه لعدم مجيء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرانا لما فات عنه من القضاء بنفسه . مع أن تلك الصورة أيضا داخلة فى جواب هذه المسئلة كما لايخفى . وأما ثانيا فلأنه لم يسمع فى العربية جبر عنه . سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ، ومحل الإغلاق فى تركيب المصنف إنما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لاكون الجبر بمعنى القهر إذ هو متحقق فى مسئلتنا بالنظر إلى المرتهن . وعلى المعنى الذى اختاره لايظهر لكلمة عن متعلق إلا أن يصار إلى تقدير لما فات جملة وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج فى ذلك ، ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى) قال صاحب النهاية : وهاهنا قيد لازم ذكره ، فإن قوله يرجع على الراهن بما أدّى غير مجرى على إطلاقه : بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر

لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه. وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال فى النهاية : ليس مجرى على إطلاقه . بل معناه يرجع على الراهن بما أدّى إذا كان ما أداه بقدر القيمة لا ماكان أكثر منها : يعنى إن كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته : لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك ، وليس بوارد على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين . وقوله (على مابينا) إشارة إلى قوله لأنه صار قاضيا دينه بماله (ولو اختلفا فى ذلك) أى فى كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة بينة المعير لأنه يدعى عليه الضمان . فإن قيل : إذا ادّعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقرّ بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ماينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب ردّ المغصوب . أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقرّ بذلك . وقوله (ولو اختلفا) هكذا فى نسخة قراءتى على الشيخ رحمه الله ، وقد وقع فى النسخ كما لو اختلفا قال فى النهاية وغيره من الشروح : ليس بصحيح .

(قوله قال فى النهاية : ليس مجرى على إطلاقه ، إلى قوله : وليس بوارد على المصنف) أقول : قال الإمام الزيلعى بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل ، لأن تخليص الرهن لايحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطرا ، وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع ، فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار ، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله ، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل على ماعرف فى موضعه انتهى . وقد سنح لى هذا الإشكال قبل رؤيتى كلامه فى هذا المحل . وجوابه مذكور فى الكفاية والدراية فراجعهما نص عبارة الكفاية والكاكى . فإن قيل : هو لايتوصل إلى تخليص ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا . قلت : الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه ، فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الإيفاء انتهى فتأمل ، فإن الكلام مجالا .

في إنكار أصله فكذا في إنكار وصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله . لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه (وإن شاء ضمن المعير قيمته) لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالإعتاق (وتكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لأن استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما . فإنه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا افتك الرهن

الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب . لأنه ذكر في الإيضاح وفتاوى قاضيخان : فإن عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر مايهلك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك . بيانه إذا كانت قيمة الرهن ألفا فرهنه بألفين فافتكه المالك بألفين رجع بقدر مايهلك الدين به وهو الألف ولا يرجع بأكثر من ألف . لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك . فكذلك إذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى . واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه : وليس بوارد على المصنف لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى . أقول : فيه نظر . لأن قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لا نفس هذه المسئلة . ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعموم ولا في التقييد والإطلاق . ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في أشهر الأقيسة وأقواها . وإن كان المدعى جزئيا فمن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره . ثم إن الزيلعي قال في التبيين : وذكر في النهاية أنه إذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته . وهذا مشكل لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطرا . وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار . وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله . إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل على ماعرف في موضعه انتهى . أقول : في كلامه هذا نوع غرابة . لأن صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال . وأجاب عنه حيث قال : فإن قيل : هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا . قلنا : الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع إليه بقدر مايتحقق به الإيفاء انتهى . وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحبا الكفاية ومعراج الدراية . فإن كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي أيضا فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله . وإن لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساده . ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها إشكالا من عند نفسه (قوله وإن شاء ضمن المعير قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالإعتاق)

والصواب بالواو لأن في لفظ كما يختلف الغرض . إذ في الأول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه . وقوله (في إنكار أصله) يريد عقد العارية . وقوله (لأن استرداد القيمة كاسترداد العين) يعني أن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين . ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته . وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح .

(قوله فكيف يصح التشبيه) أقول : يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمنكر . ثم رأيت في الكفاية : إلا أن يقال التشبيه في الإنكار من غير نظر إلى كون المنكر معيرا أو مستعيرا .

ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لايضمن) لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان . وهذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك . أما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء . قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لأنه تفويت حق لازم محترم . وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبى فى حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث ، والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه . قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين . وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه . قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبى حنيفة . وقالا : جنايته على المرتهن معتبرة . والمراد بالجناية على النفس مايوجب المال . أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ؛ ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه . بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه . فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت .

أقول :كان الحق فى التعليل أن يقال : لأن الحق تعلق بماليته وقد أتلفها بالإعتاق . إذ لاشك أن المراد بالحق المذكور فى التعليل إنما هوحق المرتهن . وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المحل : أى أما وجه المسئلة التى اتفقوا فى حكمها وهى أن جناية الرهن على الراهن هدر فلأنها جناية المملوك على المالك . واقتفى أثره صاحب العناية . أقول : لا وجه عندى لإقحام لفظ الوجه فى تفسير مراد المصنف بقوله المذكور ، إذ يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية : أى علتها فلهذه العلة المذكورة فى الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيئول المعنى إلى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور فى الكتاب علة العلة لاعلة نفس المسئلة وهو فاسد قطعا .

وقوله فى آخره (أما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الآمر) يعنى بتسليم الرهن إلى المرتهن سعى فى جعل المستعير فى الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه فيبرأ من الضمان . وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن ، أما بعد فكاكه فليس ثمة تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير فى غير الرهن . وقد أجيب بأن ثم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد . لأن الراهن الذى هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق . فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه رد إلى صاحبه حكما وبعده إلى نائبه كذلك وهذا الذى اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله . وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق دلت عليه هذه المسئلة . قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) معناه واضح وعنى باللازم مالا يقدر على إسقاطه بانفراده وبالمحترم هو أن يكون غيره ممنوعا عن إبطاله . وقوله (والمراد بالجناية على النفس مايوجب المال) يعنى أن تكون الجناية فى النفس أو مادونها خطأ أما مايوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع . وقوله (أما الوفاقية) يعنى أما وجه المسئلة التى اتفقوا فى حكمها وهى أن جناية الرهن على الراهن هدر (فلأنها جناية المملوك على المالك) فيما يوجب المال بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ماكان كذلك فهو هدر لأنه لوجنى على غيره وجب على مولاه من ماله . فإذا جنى عليه شيء لكان واجبا له عليه وذلك باطل . ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه فإنها توجب الضمان . وأجاب المصنف رحمه الله بما فى الكتاب . بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فإن المستحق بها دمه والمولى أجنبى عنه . يوضحه أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال

ولهما فى الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه . وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر . ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن ، وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله . وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه . وجنايته على مال المرتهن لاتعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء . لأنه لا فائدة فى اعتبارها لأنه لا يتملك العبد وهو الفائدة . وإن كانت القيمة أكثر من الدين ؛ فعن أبى حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس فى ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع . وعنه أنها لاتعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون . وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن ؛ لأن الأملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبى . قال (ومن رهن عبدا يساوى ألفا بألف إلى أجل فنقص فى السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشىء . وأصله أن النقصان من حيث السعر لايوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر . وهو يقول : إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين . ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس . وذلك لايعتبر فى البيع حتى لايثبت به الخيار . ولا فى الغصب حتى لايجب الضمان . بخلاف نقصان العين لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه . إذ اليد يد الاستيفاء . وإذا

(قوله ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن) قال صاحب العناية : قوله ودفعاه فيه تسامح ، لأن المرتهن لايدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة ؛ فإنه وإن كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه فى صحبته أو التغليب

صحيح وإقرار العبد على عكس ذلك . ولهما فى الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه . إذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبى آخر . فإن قيل : ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة فى إيجاب الضمان . أجاب بقوله (وفى الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر)وإن كان يسقط حقه فى الدين فإن إبقاءه رهنا وجعله بالدين لايثبت له ملك العين . وربما يكون له غرض فى ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية . وإن لم يكن له غرض فى ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان . وقوله (ودفعاه) فيه تسامح ؛ لأن المرتهن لايدفع العبد إلى نفسه . ومخلصه المشاكلة فإنه وإن كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه فى صحبته أوالتغليب سماه دافعا وثناه (وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لأنها حصلت فى ضمانه) لكونه مخاطبا بالدفع أو الفداء كالراهن . فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه فى حق شىء واحد بسبب واحد ، ولا فائدة فى ذلك . وقوله (وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين ألفا وأتلف متاع المرتهن فقال للراهن إما أن تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد . فإن امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع ؛ فإن بقى شىء من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه ؛ لأنه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مضمون ، وبدل الأمانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن . وإن قضى النصف زال الدين وبقى العبد رهنا بحاله ، وهذا وجه ظاهر الرواية ؛ ووجه غيره ماذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (وهذا)أى ماذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لأن الأملاك بين الأب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبى . قال (ومن رهن عبدا يساوى ألفا بألف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ماقبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ؛ ولهذا لو

(قوله وربما يكون له غرض فى ملك العين فيحصل له) أقول : يعنى يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول : فيه بحث يظهر على من علم ما المشاكلة (قوله إما أن يقضى نصف دينه) أقول : بقدر الأمانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول : ولكن كلمة عن تنبئ عن كونه الرواية الظاهرة (قال المصنف : وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول : أى أصل جنس هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة

لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين . فإذا قتله حرّ غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف فى ضمان الإتلاف ؛ لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية فى حق المستحق وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لايزاد على دية الحرّ . لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه . ثم لايرجع على الراهن بشيء لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر ، وقيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء . أو نقول : لايمكن أن يجعل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدى إلى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين . فإذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك ، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفيا الكل بالعبد لأنه لايؤدى إلى الربا . قال (وإن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى وكذا هذا . قال (وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين . وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله . وقال زفر : يصير رهنا بمائة . له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك . إلا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره . ولأصحابنا على زفر أن العبد الثانى قائم مقام الأول لحما ودما ، ولو كان الأول قائما وانتقص السعر لايسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا ، فكذلك إذا قام المدفوع مكانه . ولمحمد فى الخيار أن المرهون تغير

سماه دافعا وثناه انتهى . أقول : لاصحة لتوجيه المشاكلة هاهنا لأن المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه فى صحبته وهذا لايتصور إلا إذا تكرر ذكر لفظ وأريد به فى المرة الأولى أصل معناه وفى الأخرى غير ذلك كما فى قوله تعالى حكاية - تعلم مافى نفسى

نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن إلى الراهن . وقوله (حتى لايزاد على دية الحرّ) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم . وقوله (لأن المولى استحقه) دليل قوله لأنه بدل المالية فى حق المستحق . وقوله (أو نقول) دليل آخر : أى لايمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لألف الدين بالمائة التى غرمها الحرّ بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لأنه يؤدى إلى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين ، وإذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقى ظاهر . واعلم أن صور المسائل هاهنا ثلاث : تراجع قيمة الرهن من ألف إلى مائة مع قيام عينه بحاله . وقتل حرّ العبد الذى قيمته مائة بعد التراجع ، وضمان قيمته مائة . وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به . وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة . أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الأولى والثالثة واحد ، وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار . وقول محمد رحمه الله فى الأولى كقولهما وفى الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى وبين أن يسلمه إلى المرتهن بماله كالثانية على مانذكره . وقول زفر رحمه الله إن حكم الصورة الأولى والثالثة واحد فى أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية ، فإن حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التى ضمنها الحرّ عند حلول الأجل ، ووجوه هذه الأقوال مذكورة فى الكتاب . وقوله (لحما ودما) يعنى صورة ومعنى . أما صورة فظاهر . وأما معنى فلأن القاتل كالمقتول فى الآدمية والشرع اعتبره جزءا من حيث الآدمية دون المالية ؛ ألا ترى إلى استوائهما فى حق القصاص فكذا فى حق الدفع أيضا . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ .

فإنه ليس فيه خلاف زفر . ولك أن تقول : الاتفاق فى جواب المسئلة لاينافى الاختلاف فى التخريج (قال المصنف : لأنه بدل المالية) أقول : أى القيمة ، وإنما ذكر الضمير بتأويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول : لايمكن أن يجعل مستوفيا دليل آخر) أقول : فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقيب الذكرى وإلا فالهلاك مقدم (قال المصنف وإن قتله عبد قيمته مائة) أقول : أى قتل العبد الذى قيمته ألف ولم يتراجع سعره لئلا يلزم التكرار .

فى ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل فى يد الغاصب يخير المشترى والمغصوب منه كذا هذا . ولهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الأول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر . وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه . ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلى وأنه منسوخ . بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع . وبخلاف الغصب لأن تملكه بأداء الضمان مشروع . ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لأنه لايملك التمليك (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولايرجع على الراهن بشىء من الفداء) لأن الجناية حصلت فى ضمانه فكان عليه إصلاحها (ولو أبى المرتهن أن يفدى قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية) لأن الملك فى الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه (فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين الدفع والفداء (فإن اختار الدفع سقط الدين) لأنه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك

ولا أعلم مافى نفسك . وفيما نحن فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسبيله التغليب لاغير كما لايخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان : وهذا تكرار لا محالة . لأن وضع المسئلة فى الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى . وقال صاحب العناية : قيل فى بعض الشروح : وهذا تكرار لامحالة لأن وضع المسئلة فى الفصل الثالث : يعنى ماعبرنا عنه هاهنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف . فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف . وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضا عليه . وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذى حاز قصبات السبق فى مضمار التحقيق . وإنما الصورة الثالثة فى غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة فى صورة التراجع ولا تكرار ثمة . إلى هنا لفظ العناية . أقول : مامر فى بيان صور المسائل الثلاث إنما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير . والإنصاف أنها لاتساعد جعل الصورة الثالثة فى غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية . وإنما تساعد جعلها فى تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية ، أوجعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فإن نص عبارة البداية على وفق ما فى الجامع الصغير هكذا

وقوله (كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب فى يد الغاصب) يعنى إذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فإن المشترى يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفى الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول . وقوله (وأنه منسوخ) يعنى بقوله عليه الصلاة والسلام « لايغلق الرهن ثلاثا » وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره إلى قوله فهو على هذا الخلاف) قيل فى بعض الشروح : هذا تكرار لامحالة . لأن وضع المسئلة فى الفصل الثالث : يعنى ماعبرنا عنه هاهنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف . وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه أيضا . وفى ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذى حاز قصبات السبق فى مضمار التحقيق . وإنما الصورة الثالثة فى غير تراجع السعر كما ذكرنا . وهذه المسئلة فى صورة التراجع ولا تكرار ثمة (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن) يعنى إذا كانت القيمة والدين سواء . أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتى . وإنما كانت الجناية

(قوله قيل فى بعض الشروح) أقول : القائل هو الإتقانى قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر) أقول : وكذلك جعل الكاكى فى معراج الدراية . وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح .

(وكذلك إن فدى) لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء . بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء فى الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن . فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شىء من الدين كما لو هلك فى الابتداء . وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته . فإن أدى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء . وإن أبى قيل للراهن بعه فى الدين إلا أن يختار أن يؤدى عنه . فإن أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا فى الفداء (وإن لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه) لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولىّ الجناية لتقدمه على حق المولى .

ومن رهن عبدا يساوى ألفا بألف إلى أجل فنقص فى السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشىء ، وإن كان أمره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة ، فإن قتله عبد قيمته مائة فدفع إليه مكانه افتكه بجميع الدين . وقال محمد رحمه الله : هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن انتهى . ولا يخفى عليك أن قوله فإن قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وأن الظاهر المتبادر أن ضمير قتله فى المعطوف راجع إلى مارجع إليه ضمير قتله فى المعطوف عليه ، ولا شك أن الضمير فى المعطوف عليه راجع إلى العبد المرهون الذى نقص فى السعر . فكذا الضمير الذى فى المعطوف كما ذهب إليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان . وإن أخرج الضمير فى المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المرهون المذكور فى ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره فى المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لايخلو ماذكره المصنف هاهنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار ، وأما إرجاع الضمير فى المعطوف إلى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فمما لاتساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية فلا وجه للمصير إليه تبصر ترشد (قوله لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية :

عليه لأن العبد فى ضمانه . وقوله (لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعنى وإذا كان على المرتهن وقد أداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى إلى ولىّ الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا فى أداء الفداء لأنه يسعى فى تخليص ملكه كمعير الرهن . وقوله (وحق ولىّ الجناية) بالجرّ معطوف على دين المرتهن : يعنى أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولىّ الجناية أيضا ، حتى لو جنى العبد المديون دفع إلى ولىّ الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى الديات . وقوله (لتقدمه على حق المولى) أى لتقدم دين العبد على حق المولى ، وإذا كان مقدما على حق المولى

(قال المصنف : لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية الخ) أقول : قال الإتقانى : قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله ، معناه : أن دين العبد مقدم على دين المرتهن ، وكذا حق ولى الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن ، لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى ، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى ، لأن حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدورى بذلك فى شرحه ، وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ، ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا ، وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا . وقال بعضهم فى شرحه : قوله وحق ولى بالجر : أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ، ومقدم أيضا على حق ولى الجناية ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء . فأقول : هذا فى غاية الضعف ، لأن المسئلة التى استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال ودين العبد مقدم على حق ولى الجناية . وفى المسئلة قدم حق ولى الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لامحالة انتهى . ونحن نقول : فيه بحث فإنه تأخير صورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق فى يد ولى الجناية شىء كما لايخفى (قوله وقوله وحق ولى الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن) أقول : ولعل النصب أولى عطفا على دين العبد : أى حق ولى الجناية مقدم على دين المرتهن . وإنما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف : لتقدمه على حق المولى)

(فإن فضل شىء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لأن الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فأشبه الهلاك (وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان . ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به) لأنه من جنس حقه (وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل . وإن كان ثمن العبد لايفى بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقى على أحد حتى يعتق العبد) لأن الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق (ثم إذا أدى بعده لايرجع على أحد) لأنه وجب عليه بفعله (وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه) لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة . والفداء فى المضمون على المرتهن ، وفى الأمانة على الراهن . فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن . والدفع لايجوز فى الحقيقة من المرتهن لما بينا وإنما منه الرضا به (فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدى راهنا كان أومرتهنا) أما المرتهن فلأنه ليس فى الفداء إبطال حق الراهن . وفى الدفع الذى يختاره الراهن إبطال المرتهن . وكذا فى جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدى له

قوله وحق ولى الجناية بالجر : أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولى الجناية أيضا ، حتى أنه لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى جناية المملوك فى الديات . وقوله لتقدمه على حق المولى : أى لتقدم حق العبد على حق المولى ، فإذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية . لأن المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية ، وولى الجناية يقوم مقام المولى فى ملك العين ، إلى هنا كلامه . واقتفى أثره فى هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية . وقال صاحب الغاية : قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله ، معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن ، وكذا حق ولى الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى ، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى ، لأن حق المالك أقوى ، ويدل على هذا التقرير تصريح القدورى بذلك فى شرحه . وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا ، وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن . ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا ، وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا . وقال بعضهم فى شرحه قوله وحق ولى بالجر : أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ، ومقدم أيضا على حق ولى الجناية ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء . فأقول : هذا فى غاية الضعف ، لأن المسئلة التى استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال : دين العبد مقدم على حق ولى الجناية ، وفى المسئلة قدم حق ولى الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لامحالة ، إلى هنا لفظ الغاية . أقول : لاتدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التى استشهدوا بها ، إذ لايشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولى الجناية فى تلك المسئلة ، فإنه وإن دفع العبد الجانى أولا إلى ولى الجناية إلا أنه لم يبق فى يده بل بيع ودفع ثمنه إلى الغرماء ، وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال : لأنه وإن دفع إلى ولى الجناية أولا ، لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدما حقيقة انتهى (قوله فإن فضل شىء الخ) أقول : فيه شىء ، وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فإن فضل شىء الخ من متفرعات

كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية ، فإن المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية وولى الجناية فى ملك العين . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه لايملك التمليك . وقوله (فإن تشاحا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس

أقول : فى دلالته على التقدم على حق ولى الجناية بحث ، فإنه كما يقال للمولى فى الاستهلاك بع أو أد المال ، كذلك يقال فى الجناية ادفع أو افد (قوله فإن المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية) أقول : وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه فى المالية حيث يباع ويعطى ثمنه له فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولى الجناية بل عكسه أظهر لأن المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد ، وعليك بإمعان النظر (قال المصنف : فإن أجمعا على الدفع دفعا) أقول : فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فى قوله دفعا ، ولا يقال المراد رضيا بالدفع

ذلك وإن كان المالك يختار الدفع ، لأنه إن لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه . وله فى الفداء غرض صحيح ، ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدى ، وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن ، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا ، وهذا على ماروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع مع الحضور . وسنبين القولين إن شاء الله تعالى (ولو أبى المرتهن أن يفدى وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه) لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا . ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين ، وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقى لأن الفداء فى نصف كان عليه ، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقى (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع . وإن كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله : المرتهن متطوع فى الوجهين ، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبى . وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته ، فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبى ، فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا . قال (وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لأن الوصى قائم مقامه ، ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا لوصيه (وإن لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمره ببيعه) لأن القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وإن كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه) لأنه آثر بعض

المسئلة السابقة وهى قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته . ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شىء من ثمن العبد الذى بيع فيلزم أن لا ينتظم المعنى ، اللهم إلا أن يكون قوله فإن فضل شىء الخ مسئلة مباينة للمسئلة الأولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ، ويكون الفاء فى قوله فإن فضل لمجرد الترتيب الذكرى كما تستعمل الفاء فى هذا المعنى أيضا على ما عرف فى علم الأدب تأمل .

فالمعتبر هو الفداء ، وذكر جانب المرتهن إذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء ، وذكر جانب المرتهن إذا اختار الفداء ، ثم ذكر جانب الراهن إذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن . وقوله (لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعنى أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما ، وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن فى الفداء بقدر الدين متطوعا . وقوله (وإن كان غائبا) ذكر فى الأسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة . قوله (وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله) وما بعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الخ .

بطريق عموم المجاز لأنه لا يكون مسببا عن الإجماع على الدفع والمخلص التغليب (قال المصنف : وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله) أقول : قال الإمام الزيلعى وعن زفر عن أبى حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن إذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا فى الفداء وإن كان غائبا كان متطوعا فيه . ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لأنه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له إلى الفداء ، فإذا فداه من غير حاجة إليه كان متطوعا ، وأما فى حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع والفداء ، فلا يتوصل المرتهن إلى استدامة يده إلا بالفداء فكان مضطرا إليه فلا يكون متطوعا كمعير الراهن ، وصاحب العلو إذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه انتهى . ولا يخفى أن هذا الوجه يرد اعتراضا على ظاهر الرواية ، ولا يخلو الخلاص عنه عن الإشكال .

الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي (فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم إليهم (ولولم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن)اعتبارا بالإيفاء الحقيقي (وبيع في دينه) لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز) لأنه استيفاء وهو يملكه . قال رضي الله عنه : وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

(فصل)

قال(ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) لأن مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن ، إذ المحلية بالمالية فيهما . والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا

(فصـــل)

هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب ، فلذلك أخره استدراكا لما فات فيما سبق (قوله لأن مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء) أقول : لقائل أن يقول

(فصـــل)

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وإن نقص سقط من الدين بقدره ، ولامعتبر بنقصان القيمة لأن الفائت مجرد وصف . وبفواته في المكيل والموزون لايسقط شيء من الدين عندهم ، وإنما يتخير الراهن بين أن يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد بين أن يفتكه ناقصا وبين أن يجعله بالدين كما في القلب إذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا . وقوله (لأن مايكون محلا للبيع) يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج إلى المحل فيعتبر محله بمحله. والخمر لايصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء ، حتى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن . ولقائل أن يقول : مايرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل ؟ ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا ، وهاهنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الأصل . واعلم أن العصير المرهون إذا تخمر فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس ، فإن كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل أو لم يتخلل . وفي الأقسام الباقية إن تخلل فكذلك ، وإليه يلوح إطلاق المصنف رحمه الله حيث قال : ثم صار خلا :

(فصل ومن رهن عصيرا)

(قال المصنف : ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة الخ) أقول : قال الزيلعي : يشير إلى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لأن العصير والخل من المقدرات ، لأنه إما مكيل أو موزون ، وفيهما نقصان القيمة لايوجب سقوط شيء من الدين كما في انكسار القلب ، وإنما يوجب الخيار على ما ذكرنا لأن الفائت فيه مجرد الوصف. وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لايوجب سقوط شيء من الدين بإجماع الصحابة ، فيكون الحكم فيه أنه إن نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين ، وإلا فلا انتهى . فكان الأصوب أن يقول : بدل قوله يساوي عشرة الخ ، والمقدار باق على حاله . (قال المصنف : لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول : منقوض بالشائع . والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول : فيه بحث ، لأن مآل ماذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية إلى الخمرية مصححا لها . والأولى أن يجاب بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء ، كما إذا كان لمسلم عصير فتخمر فإنه لايخرج به

تعيبا (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لأن الرهن يتقرر بالهلاك . فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره . بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لايعود . أما الرهن يتقرر بالهلاك على مابيناه . ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول : يعود البيع . قال (ونماء الرهن للراهن وهومثل الولد والثمر واللبن والصوف) لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له . والرهن حق لازم فيسرى إليه (فإن هلك يهلك بغير شيء) لأن الأتباع لاقسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لايتناولها (وإن هلك الأصل وبقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقى إلى وقته . والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع ، فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصودا ،

لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا فى وضع المسئلة . بل كان يكفى أن يقال : ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه فى إثبات هذا المعنى العام فتأمل .

يعنى بنفسه . وإن لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يخلله أولا ؟ فيه تفصيل . إن كانا مسلمين أوكان الراهن مسلما جاز تخليله لأن المالية وإن تلفت بالتخمر بحيث لايضمن وذلك يسقط الدين . لكن إعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك ، وإذا جاز ذلك فى المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم فلأن يجوز فى المرتهن الكافر أولى لأنها محل بالنسبة إليه . وأما إذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله ، لأن صفة الخمرية لاتعدم المالية فى حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها ، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها لأنه صار غاصبا بما صنع ، كما لو غصب خمر ذمى فخللها فالخل له . وتقع المقاصة إن كان الدين من جنس القيمة ، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه . وقوله (فهو رهن بدرهم) يعنى إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما ، وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهورهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حيّة ومسلوخة فإن كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما ، وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين ، هذا إذا كانت القيمة مثل الدين ، فإن كانت أكثر أو أقل فهى مذكورة فى النهاية . قال (ونماء الرهن للراهن الخ) الأصل أن الأوصاف القارة فى الأمهات تسرى إلى الأولاد إذا كانت صالحة لأحكامها ، والرهن منها لكونه حقا لازما إذ اللازم هو القار ، والقار مايكون ثابتا فى جملة الأم ، ولا ينفرد من عليه بإبطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة ، وإنما فسرنا بذلك لئلا ترد كفالة الحرة فإنها ماتسرى إلى الأولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فإنهما يثبتان فى ذمة الكفيل والمالك لا فى عين الأمهات ، ولئلا يرد ولد الجانية فإن من عليه ينفرد بالإبطال باختيار الفداء . وإنما قيدنا الأولاد بصلاحيتها لأحكام الأوصاف لئلايرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها . لأن الأولاد

عن ملكه ، فإذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء ، والعقود شرعت لأحكامها ، وإنما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهى عن الاقتراب والاغترار ، ولا يوجد ذلك فى البقاء فليتأمل (قوله والخمر ليست بمحل) أقول : للرهن ابتداء (قوله لأنها محل بالنسبة إليه) أقول : نعم ، إلا أنه ليس كتخليص الرهن من الجناية بالنسبة إليه ، لكن لاغرو فإن كونه كذلك بالنسبة إلى الراهن كاف (قوله وإنما فسرنا الخ) أقول : أي اللازم (قوله فإنهما يثبتان فى ذمة الكفيل والمالك لافى عين الأمهات) أقول : هذا تعليل لقوله لئلا يرد الخ : يعنى لافى جملتهما : أى فى جملة الكفيل والأم التى ثبت حق الزكاة فيها ، وفيه تأمل فإن كونها مالايثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملتها . ثم أقول : ولك أن تقول : يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بأنهما لايثبتان فى عين الأمهات لكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله ولئلا يرد ولد الجانية فإن من عليه الخ) أقول : لفظة من عبارة عن المولى (قوله ينفرد بالإبطال) أقول : أى بإبطال الجناية عن الأم بالتزامها فى ذمته باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول : فعلى هذا لو كانت وصفا قارا لايرد نقضا لعدم ثبوتها للأم

وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا . وصور المسائل على هذا الأصل تخرّج وقد ذكرنا بعضها فى كفاية المنتهى . وتمامه فى الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه فى شيء من ذلك) أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لأنها إطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أتلفه بإذن المالك (فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذى شرب وعلى قيمة الشاة ، فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن) لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقى بحصته . وكذلك ولد

قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : مايرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل ؟ قال : ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا ، وهاهنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الأصل انتهى . أقول : فى الجواب بحث ، إذ لقائل أن يعود ويقول : لو كان يتبدل المحل هاهنا بتبدل الوصف كان ينبغى أن يبطل العقد فيما إذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض ، إذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكا قبل القبض فى هاتيك الصورة ، وقد قالوا فى المسئلة الآتية : إن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وأن المنتقض لايعود ، مع أنه ذكر فى الكتاب أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير فى البيع . فإن قيل : هذا التبدل ليس بتبدل حقيقى بل هو تبدل حكمى كما صرح به صاحب العناية ، والذى يستلزم كون البيع هالكا إنما هو التبدل الحقيقى دون الحكمى . قلنا : فلقائل أن يقول : ما بال هذا التبدل الحكمى كان له تأثير فى التخلف عن ذلك الأصل المقرر ولم يكن له تأثير فى كون المبيع هالكا ، وما الفارق بينهما . وبالجملة للكلام مجال فى كل حال . وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال : فيه بحث : لأن مآل ماذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية إلى الخمرية مصححا لها . وقال والأولى أن يجاب بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء ، كما إذا كان لمسلم عصير فتخمر فإنه لايخرج به عن ملكه ، فإذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء ، والعقود شرعت لأحكامها ، وإنما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهى عن الاقتراب والاغترار .

حين الولادة لم تصلح لأحكام هذه الأوصاف . أما فى غير الغصب فظاهر . وأما فى الغصب فلأن الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق فى الولد ، وإذا ظهر هذا علم أن نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له . فى الأصل وصفان لازمان : الملك ، وكونه رهنا فيسريان إلى الولد ، فإن هلك الولد هلك بغير شيء لأن الأتباع لاقسط لها مما يقابل بالأصل إذا لم تكن مقصودة لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لم يتناولها ، وإن هلك الأصل وبقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك ، لأنه إنما صار مضمونا به ، ولو هلك قبله هلك مجانا ، والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع فإنه يكون له حصة من الثمن إذ صار مقصودا بالقبض ، والزيادة هاهنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين ، فما أصاب الأصل يسقط من الدين بقدره لأنه يقابله الأصل مقصودا ، وما أصاب النماء افتكه الراهن به . وقوله (وصور المسائل على هذا الأصل) يعنى ماذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكاك (تخرّج) وفى ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه فى ذلك . وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فما حلبت فإن كلمة «ما» تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء فى خبرها . وقوله (لأنه أتلفه بإذن المالك) فيه إشارة إلى أنه لو أتلف بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهنا مع الشاة ، وكذا

(قوله وأما فى الغصب فلأن الضمان به يعد قبضا مقصودا الخ) أقول : وإذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصودا انعدم حكمه لامحالة (قوله وقيمة النماء يوم الفكاك لأنه إنما صار مضمونا به) أقول : الضمير فى به راجع إلى الفكاك (قوله إذا صار مقصودا بالقبض)

الشاة إذا أذن له الراهن فى أكله . وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس . قال (وتجوز الزيادة فى الرهن ولا تجوز فى الدين) عند أبى حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها . وقال أبو يوسف : تجوز الزيادة فى الدين أيضا . وقال زفر والشافعى : لاتجوز فيهما ، والخلاف معهما فى الرهن ، والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء ، وقد ذكرناه فى البيوع . ولأبى يوسف فى الخلافية الأخرى أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع . والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان . ولهما وهو القياس أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن وهو غير مشروع عندنا . والزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين وهو غير مانع من صحة الرهن . ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز ، وإن كان

ولا يوجد ذلك فى البقاء فليتأمل انتهى ، إلى هنا كلامه . أقول : جوابه الذى عده أولى ليس بشىء لأن مورد السؤال الذى ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ إنما هو قولهم فى تعليل هذه المسألة أن مايكون محلا للبيع يكون محلا للرهن ، والخمر إن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن مايرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ، فما معنى كون الخمر محلا للبيع فى البقاء دون الابتداء . ولا شك أن القول بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لايدفع السؤال المزبور المورد على قولهم فى التعليل المذكور أن الخمر إن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، بل يكون مآله تغيير تعليلهم المذكور ، إلى أن يقال : إن مايكون حكما للبيع يكون حكما للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا فى الرهن . وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضى عندهم ليس بصحيح فى نفسه . إذ لا ريب أن ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لايكون حكما للرهن . فإن حكم الرهن إنما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن الخ) أقول : لقائل أن يقول : لا فائدة لقوله وهو القياس فى أثناء ذكر دليلهما ، لأن دليل أبى يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال : إن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن ، ثم قال : والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان . وعن هذا ترك صاحب الكافى القيد المذكور أعنى قوله وهو القياس فى أثناء تقرير دليلهما . والجواب أنه ليس مراد المصنف هاهنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبى يوسف فى هذه المسألة التى هى الخلافية الأخرى وهى مسألة الزيادة فى الدين . بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة فى الخلافية الأولى وهى مسألة الزيادة فى الرهن . فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به فى النهاية وغيرها ، والباعث على تقيد المصنف هاهنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبى يوسف فى الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره

لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن. قال (وتجوز الزيادة فى الرهن الخ) الزيادة فى الرهن مثل أن يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الأول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله ، والزيادة على الدين لاتجوز عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف . وقال زفر والشافعى : لاتجوز الزيادة فيهما جميعا ، والخلاف معهما فى الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة ، وهو أن يزوّج المولى أمته من رجل بألف ثم زوّج أمة أخرى بذلك الألف وقبل الزوج يصح العقد ان ويقسم الألف عليهما . وذكر فى الأسرار وطريقة البرغرى وغير ذلك أن ذلك لم يصح . ونقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله أنه قال : يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لاتجوز الزيادة فى المنكوحة أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى بذلك المهر . أما لو قال زوّجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح . وقوله (ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة) يعنى من الدين الذى هو

أقول : إذا ماتت الأم (قال المصنف : وتجوز الزيادة فى الرهن ولا تجوز فى الدين) أقول : معناه لايكون الرهن رهنا بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة ، لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعا (قال المصنف : وقد ذكرناه فى البيوع) أقول : المذكور فيه خلافها فى زيادة الثمن وحطه لاغير (قوله أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى) أقول : فإنه ليس فيه لفظ التزويج

الدين ألفا وهذا شيوع فى الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن . وكذا يبقى بعد انفساخه . والالتحاق بأصل العقد فى بدلى العقد . بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض . وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت . حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أثلاثا ، فى الزيادة ثلث الدين . وفى الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما فى وقتى الاعتبار ، وهذا لأن الضمان فى كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (وإذا ولدت المرهونة ولدا ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما فى الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم (ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض . فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها) لأن الزيادة دخلت على الأم . قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا

جاز أن يتوهم أن دليلهما فى هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما فى خلافية هاهنا ، فنبه على أن أصلهما أيضا هو القياس فى هذه المسئلة ، وإنما الاستحسان أصلهم فى الخلافية الأولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به ، بل وجوبه سابق على الرهن) أقول : لقائل أن يقول : سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن يكون الدين الذى زيد دينا جديدا حادثا بموجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره . والجواب أن الكلام فى الالتحاق بأصل العقد ، فالدين وإن كان متأخرا عن أصل عقد الرهن إلا أنه يثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن

ألف فيكون بنصف الدين كان جائزا . ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح . وقوله (والالتحاق بأصل العقد) إفساد للجامع الذى ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح . وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد إنما يتصور إذا كانت الزيادة فى المعقود عليه أو المعقود به والزيادة فى الدين ليست فى شىء من ذلك . أما أنه غير معقود عليه فظاهر ، وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن . بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده . وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعنى بخلاف نماء الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلف حكما . وقوله (وإذا ولدت المرهونة ولدا) يعنى إذا رهن جارية بألف تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساوى ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الأم ، فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد ، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل فى ضمانه بالقبض ، فإن مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه إذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم فى الزيادة . ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض . فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الأم فصارت كأنها كانت فى أصل العقد فيكون الولد داخلا فى حصة الأم خاصة . فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقى الولد والزيادة نماء فيهما لأن هلاك الأم لايوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم فى الزيادة ، ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شىء وكان العقد فى الأم ولا ولد معها . قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا الخ) كلامه واضح .

(قوله وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه) أقول : الأصوب أن يقول : أما أنها ليست فى المعقود عليه فظاهر وأما أنها ليست بالمعقود به فلأن الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن . وإنما قلنا إن الأصوب ذلك لأن ظاهر تقديره يدل على أن المقصود بالنفى كون الزيادة مقصورا عليها وبها ، وليس كذلك لظهور أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتأمل ، وتوجيه ماذكره المصنف إرجاع الضمير إلى الملحق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فإن مات الولد بعد الزيادة) أقول : قبل الفكاك .

مكان الأول ، فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن . والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول) لأن الأول إنما دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض مادام الدين باقيا . وإذا بقى الأول فى ضمانه لايدخل الثانى فى ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لابدخولهما . فإذا رد الأول دخل الثانى فى ضمانه . ثم قيل : يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثانى يد أمانة ويد الرهن بعد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه : كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فإن الجياد أمانة فى يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض . وقيل لايشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على مابيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ، ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين (ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بغير شىء استحسانا) خلافا لزفر ، لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولاجهته لسقوطه ، إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا إذا لم تبق له ولاية المنع (وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شىء فى هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما فى الإبراء ، ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء) ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا ، وبالاستيفاء لايسقط لقيام الموجب ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله . فأما هو فى نفسه فقائم ، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثانى

الابتدائى ، ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالأصل ، فإن الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم (قوله ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه ، وبالاستيفاء لايسقط لقيام الموجب ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله ؛ فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثانى) المراد بالاستيفاء الأول هو الاستيفاء الحكمى ؛ وبالاستيفاء الثانى هو الاستيفاء الحقيقى ، كذا فى عامة الشروح . أقول :

وقوله (على ما بيناه من قبل) يعنى فى صدر كتاب الرهن فى تعليل أن تمام الرهن بالقبض . وقوله (خلافا لزفر رحمه الله) هو يقول : إن الضمان فى باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء ، ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده . ولنا ما ذكر فى الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود ، ولم يبق الدين بالإبراء : أى بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين . فإن قيل : سقوط الدين لايوجب سقوط الضمان ، فإنه إذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فإنه يضمن وقد سقط الدين . أجاب بقوله إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه . والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله إن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا ، وبالاستيفاء لايسقط لقيام الموجب وهو العقد الذى لزم الدين به ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فيفضى إلى الدور . وقوله (فأما هو) يعنى تعذر الاستيفاء ، فأما الدين فهو قائم فى نفسه وهو تكرير للتوكيد (فإذا هلك) يعنى الرهن يتقرر الاستيفاء الأول وهو الحكمى فانتقض الاستيفاء الثانى وهو الحقيقى لئلا يتكرر الاستيفاء .

(قوله وإن لم يبق الدين بالإبراء) أقول : لفظ الإبراء ليس فى محله كما لايخفى (قوله أو لتوهم الوجوب الخ) أقول : فيه بحث ، وفى بعض النسخ : عند توهم الوجود ، وهو الصحيح . (قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول : آنفا (قوله وبالاستيفاء لايسقط) أقول : يعنى لايسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول : يعنى الموجب للدين .

(وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لأنه استيفاء (وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لأنه فى معنى البراءة بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه ، أو مايرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأنه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء ، والله أعلم .

هاهنا نوع إشكال ، وهو أن الاستيفاء الحكمى الذى ثبت للمرتهن بقبض الرهن إما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوّع قبل هلاك الرهن ، أو لم ينتقض بل بقى على حاله ، فإن انتقض لم يتم قوله ، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول ، إذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لايعود وقد مرّ فى الكتاب غير مرة ، وإن لم ينتقض بل بقى على حاله يلزم أن يتكرّر الاستيفاء عند استيفائه الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوّع ، وتكرره مؤدّ إلى الربا فاسد كما مر أيضا غير مرة . ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ، ولكنه فى قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما إذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقى كما فيما نحن فيه ، فكأن الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقى مالم يتقرر الاستيفاء الحكمى بهلاك الرهن فى يد المرتهن فلم يجعل فاسدا ، هذا غاية مايمكن فى التفصى عن ذلك الإشكال وإن كان لايخلو عن نوع تكلف (قوله بخلاف الإبراء) قال صاحب العناية : قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى ، وذلك لأنه من ثمة إلى هنا نقوض على جواب الاستحسان فى صورة فى الإبراء . وقال والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية انتهى . أقول : لامساغ عندى لأن يكون

وقوله (وكذا إذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى . وقوله (لأنه) أى لأن كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن إن كان باقيا أو قيمته إن هلك فى يده قبل الرد . وقوله (لأنه) يعنى البراءة بطريق الأداء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغى أن يكون بمعنى الإبراء فيهلك أمانة . ووجه ذلك ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط (لأنه يزول به) أى بعقد الحوالة الخ . وقوله (لأنه) يعنى المحال عليه (بمنزلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين . وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لادين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ، ومنهم من قال : إذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك ، فإن وجوبه ظاهرا يكفى لضمان الرهن فكان مستوفيا ، فأما إذا كان قبله هلك أمانة لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين . ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعنى بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية . وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب . وقوله (بخلاف الإبراء) راجع إلى قوله ولو استوفى ، وذلك لأنه من ثمة إلى هاهنا نقوض على جواب الاستحسان فى صورة الإبراء ، والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية .

(قوله أو قيمته إن هلك فى يده قبل الرد) أقول : ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف : وكذا لو تصادقا على أن لادين) أقول : قال الزيلعى : قال فى الكافى : ذكر شمس الأئمة السرخسى فى المبسوط إذا تصادقا أن لادين بقى ضمان الراهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن ، لأن الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ، ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن ، وأما إذا تصادقا على أن لادين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة ، لأنه بتصادقهما ينتفى الدين من الأصل ، وضمان الرهن لايبقى بدون الدين . وذكر الإسبيجابى أنهما إذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه ، والصواب لايهلك مضمونا انتهى . واختيار المصنف هلاكه مضمونا فى الصورتين كما لايخفى (قوله يعنى بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه) أقول : فيه نظر ، فإن الاحتمال الذى لم ينشأ عن دليل لابد لاعتباره فى مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف الإبراء) أقول : قال الإتقانى : قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك الدين ، والله أعلم .

(كتاب الجنايات)

قال (القتل على خمسة أوجه : عمد . وشبه عمد . وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب)

قوله هاهنا بخلاف الإبراء راجعا إلى قوله ولو استوفى ، لأن المصنف قال بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الإبراء ، وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى ، فلو كان قوله هاهنا بخلاف الإبراء راجعا إلى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو فى كلامه . وحاشا له عن ارتكاب مثل ذلك .

(كتاب الجنايات)

أورد الجنايات عقيب الرهن لأن كل واحد منهما للوقاية والصيانة ، فإن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ؛ ألا يرى إلى قوله تعالى ـ ولكم فى القصاص حياة ـ ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد . كذا فى أكثر الشروح . قال فى غاية البيان : ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة ، بخلاف الجناية فإنها محظورة لأنها عبارة عما ليس للإنسان فعله انتهى. أقول : ليس هذا بشيء لأن المقصود بالبيان فى كتاب الجنايات إنما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ، ولا شك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية . ثم إن الجناية فى اللغة اسم لما تجنيه من شر تكسبه . وهى فى الأصل مصدر جنى عليه شرا جناية ، وهو عام فى كل مايقبح ويسوء ، إلا أنه فى الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والأطراف ، والأول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة ، والثانى يسمى قطعا وجرحا ، هذا زبدة ما فى الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب) قال صاحب النهاية : وجه الانحصار فى هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لايخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح . فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أم لا ، فإن كان فهو عمد ، وإن لم يكن فهو خطأ . وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا ، فإن كان فتهو شبه العمد . وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جاريا مجرى الخطأ أم لا . فإن كان فهو هو وإن لم يكن فهو القتل بسبب ، وبهذا

(كتاب الجنايات)

ذكر الجنايات عقب الرهن لأن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الأنفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ، ومحاسن أجزيتها محاسن الحدود . والجناية فى اللغة : اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا ، وهو عام إلا أنه فى الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والأطراف ، والأول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة ، والثانى يسمى قطعا وجرحا . وسببها سبب الحدود . وشرطها كون المحل حيوانا ، قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذى يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان إرث خمسة أوجه ، وذلك لأنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام

(كتاب الجنايات)

(قوله والجناية فى اللغة : اسم لما يكتسب من الشر) أقول : الفقه يبحث عن أفعال المكلفين ، فلو أريد المعنى المصدرى بالجناية لكان

والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام .

الانحصار يعرف أيضا تفسير كل واحد منها انتهى . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأنه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك ، إذ لاشك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة . وأما ثانيا فلأن قوله فإن كان هوهو يشبه تفسير الشيء بنفسه . وأما ثالثا فلأن قوله وإن لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب ليس بتام . لأن ما لايكون جاريا مجرى الخطأ لايلزم أن يكون القتل بسبب البتة ؛ بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضا فلا يتم الحصر فى القتل بسبب . ولما تنبه صاحب العناية لما فى وجه الحصر الذى ذكره صاحب النهاية من القصور قال فى بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه : وذلك أنا قد استقرينا فوجدنا مايتعلق به شيء من الأحكام المذكورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة . ونقل ماذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال : وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام) قال جمهور الشراح : إنما قيد به لأن أنواع القتل من حيث هوقتل من غير نظر إلى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة : كقتل المرتد . والقتل قصاصا . والقتل رجما . والقتل بقطع الطريق . وقتل الحربى . حتى قال بعضهم : ونظير هذا ما قاله محمد فى كتاب الأيمان : الأيمان ثلاثة ؛ ولم يرد به جنس الأيمان لأنها أكثر من ثلاثة : يمين بالله ، ويمين بالطلاق ، ويمين بالعتاق والحج والعمرة . وإنما أراد بذلك الأيمان بالله تعالى انتهى . أقول : فيما قالوا نظر . إذ الظاهر أن شيئا من أنواع القتل لايخرج من الأوجه الخمسة المذكورة فى الكتاب ، بل يدخل كل من ذلك فى واحد من تلك الأوجه . فإن ماذكروا من قتل المرتد وقتل الحربى والقتل قصاصا أورجما أوقطع الطريق يكون قتل عمد إن تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى مجرى السلاح ، ويكون شبه عمد إن تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ، ويكون خطأ إن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطإ إلى غير ذلك من الأوجه المذكورة ، وإنما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الأحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لامن نفس هذه الأوجه الخمسة فلا معنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة . فإن قلت : كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لامن أنفس هذه الأوجه وحكم الشيء مايترتب عليه ويلزمه ؟ قلت : قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط ؛ ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة : منها كون القاتل عاقلا بالغا إذ لايجب القود على المجنون والصبى أصلا . ومنها أن لايكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الأب ولده عمدا لايجب عليه القصاص ، وكذا لو قتلت الأم ولدها وكذا الجد والجدة . ومنها أن لايكون المقتول ملك القاتل حتى لايقتل المولى بعبده . ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمى بالكافر الحربى . ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ، ولا بالمستأمن فى ظاهر الرواية لأن عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة إلى غاية مقامه فى دار الإسلام ، صرح بذلك كله فى عامة المعتبرات ، فكذا كون القتل بغير حق شرطا لترتب كل من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل ، وليس شيء مما ذكروا من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق ، فدخولها فى نفس أوجه القتل دون الأحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الأحكام وهو كون القتيل معصوم الدم ، وكون القتل

المذكورة . وقال صاحب النهاية رحمه الله : لايخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح ، فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن كان به قصد القتل أو لا ، فإن كان فهو العمد ، وإن لم يكن فهو الخطأ ، وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن كان معه قصد التأديب والضرب أولا ، فإن كان فهو شبه العمد ، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن كان جاريا مجرى الخطأ أم لا ، فإن كان فهو هو ، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب ، وبهذا الانحصار تعرف أيضا تفسير كل واحد منها ، وضعفه وركاكته ظاهران .

أنسب وجمعها كجمع الطهارات (قوله لايخلو إما أن حصل بسلاح) أقول : أو ما أجرى مجراه (قوله وإن لم يكن فهو الخطأ) أقول : قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما إذا رمى صيدا بحجر أو خشبة فأصاب رجلا فقتله (قوله فإن كان فهو شبه العمد) أقول : شبه العمد لايلزم أن يكون على قصد التأديب ، بل قد يكون على قصد القتل ، وجوابه أن ذلك بالنظر إلى الآلة (قوله فإن كان فهو هو)

قال (فالعمد ماتعمد ضربه بسلاح أوما أجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار) لأن العمد هو القصد ، ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم ـ الآية ، وقد نطق به غير واحد من السنة ، وعليه انعقد إجماع الأمة .

بغير حق لايقدح فى شيء . فالأظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان فى كتاب الجنايات إنما هو أحوال القتل بغير حق إذ هو الذى يكون من الجنايات ، ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل ، وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ماتعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء فى تفسير قوله ضربه : أى ضرب المقتول . وقال : فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى . أقول : يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت فى المحيط نقلا عن المنتقى ، وهى أنه إذا تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود . وإن أصاب عنق غيره فهو خطأ . وجه الورود أنه لم يتعمد فى الصورة الأولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده . مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تأمل (قوله لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول : فيه بحث . وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما إذا استعمل الآلة القاتلة فى القتل الخطإ ، كما إذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيدا فإذا هو آدمى . أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم . وهذا من نوع الخطإ فى القصد . وكما إذا رمى غرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا وهذا من نوع الخطإ فى الفعل ، فإن استعمال الآلة القاتلة الذى جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك أيضا مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة . فإن قلت : المراد باستعمال الآلة القاتلة فى التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقا ففيما إذا رمى غرضا فأصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمى بل كان لغرض آخر . قلت : هذا التأويل إنما يفيد فى نوع الخطإ فى الفعل دون نوع الخطإ فى القصد ، فإن استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول لكن الخطأ فى وصف المقتول . فإن قلت : المراد المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمى لا استعمالها لضربه مطلقا . وفى نوع الخطإ فى القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت : كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع إلى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجى لم يذكر فى التعليل المزبور . ثم إنه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتون القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الأجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطة أو نار وجه ، إذ يلزم إذ ذاك أن يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض إلا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه مما يفرق الأجزاء فيكفى ذكره . بل لما كان لقيد تعمد فى الكتاب أيضا فى قوله فالعمد ماتعمد ضربه وجه ، بل كان ينبغى أن يقال فالعمد ماضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ـ الآية) أقول : لقائل أن يقول : الدليل خاص والمدعى عام ،

وقوله (أوما أجرى مجرى السلاح) يعنى فى تفريق الأجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهى قشره وقد تقدم . وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ماقال عليه الصلاة والسلام فى خطبته بعرفات « ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة

أقول : هذا تعريف الشيء بنفسه ظاهرا (قال المصنف : فالعمد ما تعمد ضربه) أقول : أى ضرب المقتول فيخرج العمد فيما دون النفس (قال المصنف : والنار) أقول : ينبغى أن يكون من قبيل : علفتها تبنا وماء باردا ، إذ الواقع فى صورة النار هو الإلقاء فيها لا الضرب بها (قال المصنف : وموجب ذلك المأثم) أقول : قال الإتقانى : قال قاضيخان فى فتاواه : وفى ظاهر الرواية فى الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لايشترط الجرح لوجوب القصاص . وقال فى الأجناس : ذكر فى الشروط الكبير لأبى جعفر الطحاوى أنه لاقصاص فى العمود من الحديد لأنه لايجرحه انتهى . وسيجيء من المصنف فى الباب الذى يليه أن الأصح رواية الطحاوى (قال المصنف : لقوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا ـ الآية) أقول : لايقال ذلك فى المستحل كما ذكر فى الكتب الكلامية ، لأنه لو لم يكن حراما لم يكن حال مستحله كذلك ،

قال (والقود) لقوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » أى موجبه ، ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك .

لأن إيجاب القتل العمد المأثم ، والقود يعم المسلم والذمى لما سيجىء من أن المسلم يقاد بالذمى عندنا . ولا شك أن وجوب القود لاينفك عن لزوم المأثم . والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن ، اللهم إلا أن يقال : الآية المذكور وإن أفادت المأثم فى قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها إلا أنها تفيد المأثم فى قتل الذمى عمدا أيضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة فى العصمة بين المسلم والذمى نظرا إلى التكليف أو الدار كما سيأتى تفصيله . فإن قيل : بقى خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهى أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لايخلد فى النار وإن ارتكب كبيرة ولم يتب . فالظاهر أن المراد بمن يقتل فى الآية المذكورة هو المستحل بدلالة ـ خالدا فيها ـ فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية . قلنا : لانسلم ظهور كون المراد بمن يقتل فى الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر فى التفاسير . فلا ينافى التعميم مذهب أهل السنة والجماعة . ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر فى الكتب الكلامية وفى التفاسير أيضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية ، وتحقق الإثم فى قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا . وإلا لما لزم من استحلاله الخلود فى النار (قوله والقود لقوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » أى موجبه) يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل . ولايفصل بين العمد والخطإ إلا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الأمة بالقبول وهو قوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » أى موجبه قود . كذا فى الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك : لايقال إن قوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » لايوجب التقييد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفى ما عداه . لأنا نقول : لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى . أقول : سؤاله ظاهر الورود ينبغى أن يخطر ببال كل ذى فطرة سليمة ، ولكن لم أر أحدا سواه حام حول ذكره . وأما جوابه فمنظور فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبىّ عليه الصلاة والسلام عن حكم العمد فقط بأن كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » جوابا عن سؤالهم . ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ، ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر (قوله ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك) أقول : جعل صاحب العناية قوله ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة ، وجعل قوله والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال فى تقرير الأولى : وتقرير

يومى هذا فى شهرى هذا فى مقامى هذا » ومنها قوله صلى الله وعليه سلم « لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم » . وقوله (والقود) يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم : أى موجب القتل العمد الإثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا لقوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى الحرّ بالحرّ ـ الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطإ لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم « العمد قود » أى موجبه ، والحديث مشهور ، ولأن الجناية بها : أى بالعمدية تتكامل . وقوله (لاشرع لها دون ذلك) أى لاشرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية ، وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية ، وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل . وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى . وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة

والحرام موجبه المأثم (قال المصنف : والقود) أقول : بفتح الواو : أى القصاص ، ويسمى قودا لأنهم يقودون الجانى بحبل أو غيره ، قاله الأزهرى (قوله لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الإطلاق والتقييد إذا دخلا على السبب نحو « أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد ، وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين » لم يحمل المطلق على المقيد عندنا ، بل يجب العمل بكل منهما ، إذ لاتنافى فى الأسباب على ما فصل فى كتب الأصول فكيف يتقيد القتل المذكور فى الآية بوصف العمدية بالحديث ، ولعل الأولى أن يقال : غير العمد من القتل قاصر فى كونه قتلا فلا يتناوله المطلق لأنه ينصرف إلى الكامل ، وموضعه الأصول أيضا .

قال (إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا) لأن الحق لهم ثم هو واجب عينا . وليس للولى أخذ الدية إلا برضا القاتل وهو أحد قولى الشافعى ، إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه ؛ وفى قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره . لأن حق العبد شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير . ولنا ماتلونا من الكتاب ورويناه من السنة . ولأن المال لايصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل . وفيه مصلحة الإحياء زجرا وجبرا فيتعين . وفى الخطإ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار .

حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية ، وكل ماكان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل . وقال فى تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية . والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى . أقول : ليس ذلك بسديد . لأن صحة الحكم بأن العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية ؛ إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ . فلزم أن يكون القصاص الذى هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى إطلاقها . وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى هاهنا . فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب . وأيضا يلزم حينئذ أن لايفيد المدعى ما جعله حجة أولى لأن نتيجتها على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل . ولا يلزم منها أن لاتتحقق حكمة الزجر فى غير العمد أصلا فيجوز أن يجب القصاص فى غير العمد أيضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب . فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة . وأن لفظ ذلك فى قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الأظهر والأقرب لا إلى العمدية كما زعمه صاحب العناية ، فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذى هو عقوبة متناهية لايجب فى غير العمد كما لايخفى على ذى مسكة . ثم أقول : بقى فى كلام

المتناهية لا شرع لها دون العمدية ، وذلك ظاهر . وقوله (ثم هو) يعنى القود . وقوله (وهذا لأنه تعين مدفعا للهلاك) يعنى لأن القاتل فى الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا يسفه ويلقى نفسه فى التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ماتلونا) من قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر فى الخطإ الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطإ وهو العمد ، ولما تعين بالعمد لايعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأى . ووجه التمسك بالسنة أن الألف واللام فى قوله العمد قود للجنس ، إذ لا معهود ينصرف إليه ، ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك ، فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله : العمد قود لا مال فيه إلى ذلك . ووجه المعقول أن المال لايصلح موجبا فى القتل العمد لعدم المماثلة ، لأن الآدمى مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فأنى يتماثلان ، بخلاف القصاص فإنه يصلح موجبا للتماثل ؛ وفيه زيادة حكمة وهى مصلحة الإحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين . فإن قيل : فكيف صلح موجبا فى الخطإ والفائت فيه مثل الفائت فى العمد . أجاب بقوله وفى الخطإ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ، فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمى مكرم لايجب إهدار دمه ، على أن

(قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول : فيه بحث (قال المصنف : إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل) أقول : يجوز العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية فى مسئلة قتل المكاتب الذى لم يترك وفاء فى الباب الذى يلى هذا ، ولا يرد نقضا علينا لما نشير إلى دفع ذلك النقض فيما سيجىء فى باب ما يوجب القصاص فى مسئلة قتل المكاتب (قال المصنف : ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ) أقول : قال القاضى فى تفسيره : احتجت الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده ، وهو ضعيف ، إذ الواجب على التخيير يصدق عليه أنه واجب وكتب ، ولذلك

ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك .

المصنف هاهنا شيء . وهو أنه قد تقرر فى كتب الأصول أن مرجع الأدلة العقلية المذكورة فى علم الفقه بأسرها إلى القياس . وبهذا صححوا انحصار الأدلة الشرعية فى أربعة . وهى الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس . فقول المصنف هاهنا ولأن الجناية بها تتكامل الخ راجع إلى القياس . وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف فى علم الأصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك) يعنى لايتيقن بعدم قصد الولى لقتل القاتل بعد ما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولى من القاتل بدون رضاه ثم يقتله . وهذا جواب عن قول الشافعى لأنه تعين مدفعا للهلاك . كذا فى الشروح . أقول : للخصم أن يقول : لا شك أنه يتعين مدفعا للهلاك شرعا ، فإن القاتل يصير محقون الدم بعده ، حتى لو قتله الولى بعده يقتص منه ، وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفى لأخذ الدية من القاتل بدون رضاه ، إذ الظاهر أن القاتل لايختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد أداء ذلك أيضا ، فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال يعد ذلك سفها وإلقاء لنفسه فى التهلكة فينبغى أن يحجر عليه . ثم أقول : لعل الأولى فى الجواب عن قول الشافعى لأنه تعين مدفعا للهلاك أن يقال : هذا تعليل فى مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لايجوز كما تقرر فى علم الأصول . قال فى العناية أخذا من النهاية : قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز . وأجيب بأن فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، لأن رضا القاتل لايفيد ورضا الولى موجود

ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس ، والعمد ليس فى معناه حتى يلحق به . وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال جواب عن قوله لأنه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله . قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز . وأجيب بأن فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم . وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفى صدور الأولياء ، بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لايقتضيه ، فكان لمعنى النظر للولى وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية . والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ماذكرنا ، وأن القصاص لمعنى النظر للولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفى الصدور ، فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد لا لأنهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم ، بل القاتل وأهله لو بذلوا ماملكوه وأمثاله مارضى به أولياء المقتول ، فكان إيجاب المال فى مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص . وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجز المصير إلى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فإنه تعذر الاستيفاء حينئذ ، أو أن يكون محل القصاص ناقصا بأن تكون يد

قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نسخا لوجوبه انتهى . والمذهب عند الحنفية أنه نسخ ، وموضع بيانه أصول الفقه (قوله جواب عن قوله لأنه تعين مدفعا للهلاك) أقول : فيه أنه مدفع للهلاك الشرعى بلا شبهة ، وذلك يكفى لغرض الشافعى ، لأن المراد هو كونه مدفعا شرعيا للهلاك الشرعى والقتل المستحق ، فإن القاتل يكون محقون الدم بعده إذا قتله أحد الولى أو غيره يقتص فليتأمل (قوله وذلك لجواز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه) أقول : ضمير رضاه راجع إلى الولى (قوله قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز) أقول : جواز الصلح عن دم العمد يثبت بالنص كما تقدم فى كتاب الصلح ، مع أن ما ذكره كلام على السند بما لايفيد شيئا (قوله وأجيب بأن فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول : فيه بحث ، لأن رضا القاتل لايفيد ، ورضا الولى موجود فى محل النزاع ، والأولى أن يكتفى فى الجواب بقوله إن فى الصلح المراضاة ، إذ لامانع من الأخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل ، بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول : على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية ، وتخييره لاينافى رضا الآخر فى غير الواجب ، وهذا كما يقال للدائن : خذ بدينك إن شئت دراهم وإن شئت دنانير وإن شئت عروضا ، ومعلوم أنه لايأخذ غير حقه إلا برضا المديون ، كذا فى شرح الزيلعى ، وإنما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه يرد عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبية العمد حيث خير الولى بين القتل وأخذ الدية ، غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل ، وعدم إفادته الشافعى لايفيدنا ، فإن مطلوبنا تعين القصاص لموجبيته تأمل (قوله فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول : فيه بحث .

ولا كفارة فيه عندنا . وعند الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمسّ منها إليه في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها . ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها . ولأن الكفارة من المقادير .

في محل النزاع . والأولى أن يكتفي في الجواب بقوله إن في الصلح المراضاة . إذ لامانع من الأخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل ، بخلاف ما نحن فيه انتهى . أقول : بحثه ساقط . لأن قوله لأن رضا القاتل لايفيد غير مسلم . فإن رضاه إذا اجتمع مع رضا الولىّ يفيد أمرا زائدا على رضا الولىّ وحده . فإن التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة . وعن هذا قال الله تبارك وتعالى ـ والصلح خير ـ بخلاف رضا الولىّ وحده فإن الإنسان كثيرا مايندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فثم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم ، وقدكان صاحب النهاية أشار إلى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور : قلت لاكذلك لأنهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لأن للتراضي والتصالح تأثيرا في دفع الشر ، قال الله تعالى ـ والصلح خير ـ ولما ورد الخير انتفى الشر لامحالة للتضاد بينهما انتهى . ثم قال في العناية : وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء . بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لايقتضيه ، فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية . والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ماذكرنا ، وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور . فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد . لا لأنهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم . بل القاتل وأهله لو بذلوا ماملكوه وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول . فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى . أقول : فيه نظر ، إذ للخصم أن يقول : إنما يكون إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص أن لو كان إيجابه في مقابلته على وجه التعيين ، وأما إذا كان ذلك لاعلى وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص . إذ للولىّ حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص ، فإذا لم يختره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره فكان كما إذا عفا أو صالح في إسقاط ماقدر عليه من حقه (قوله ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها) قال تاج الشريعة : فإن قلت : يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فإنه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة . قلت : هو جناية على المحل ، ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ، ولو كان جناية الفعل لوجب جزاءان . والجناية على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انتهى . أقول : في الجواب بحث . أما أولا فلأنه لايدفع السؤال المذكور لأن مورده مضمون الدليل المزبور ، وهو أن الكفارة لاتناط بما هو كبيرة محضة لاأصل المدعى وهو أنه لاكفارة في القتل العمد . فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل أو جناية المحل ، وكون الجناية على المحل يستوى فيه العمد والخطإ إنما يفيد لو أورد السؤال على أصل المدعى ، فإنه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ماقلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الأولى . وأما ثانيا فلأنه قدتقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا . فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لاجناية الفعل لزم أن لاتصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا (قوله ولأن الكفارة من المقادير

قاطع اليد أقل أصبعا وأمثال ذلك . وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمدا . وعند الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمسّ منها إليه في الخطإ لأنها لستر الذنب والذنب في العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضة) وما هو كذلك لايكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه أصول الفقه . وقوله (ولأن الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح . فإن قيل : هب أن القياس لايصح فليلحق دلالة لأنهما مثلان

وتعنها فى الشرع لدفع الأدنى لايعينها لدفع الأعلى . ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام «لاميراث لقاتل» . قال (وشبه العمد عند أبى حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعى : إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد . وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لايقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود .

وتعينها فى الشرع لدفع الأدنى لايدل على تعينها لدفع الأعلى) هذا جواب عن قياس الشافعى وجوب الكفارة فى العمد على وجوبها فى الخطإ يعنى أن تعين الكفارة فى الشرع لدفع الذنب الأدنى وهو الخطأ لايدل على تعينها لدفع الذنب الأعلى وهو العمد ، فإن كم من شىء يتحمل الأدنى للقدرة عليه ولا يتحمل الأعلى للعجز عنه ، كذا فى النهاية وغيرها . قال صاحب العناية : فإن قال الشافعى قد دلّ الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الأسقع قال « أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ، فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار» وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد . قلنا : لانسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين . سلمناه لكنه لايعارض إشارة قوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ـ فإن الفاء تقتضى أن يكون المذكور كل الجزاء ، فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى . أقول : للخصم أن يقول : هذا مشترك الإلزام ، إذ القصاص واجب فى القتل العمد بالإجماع ، فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم أن يكون القصاص أيضا مذكورا فى الجزاء مع أنه لم يذكر فيه وإن حمل الجزاء المذكور فى الآية على الجزاء الأخروى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف . وقيل القصاص جزاء دنيوى فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الأمر كذلك فى شأن الكفارة . ثم أقول : يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهى قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ فإن دلت إشارة قوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ـ على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ على وجوب القصاص فى القتل العمد.

فى المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم إذا قتل الصيد عمدا فإنه كقتله خطأ . فالجواب أن المماثلة ممنوعة ، فإن ذنب العمد مما لايستر بها لعدم صلاحيته لعلتها كما مر . فإن قيل : قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة ابن الأسقع « أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ، فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار» وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد . قلنا : لانسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين . سلمناه لكنه لايعارض إشارة قوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ـ فإن الفاء تقتضى أن يكون المذكور كل الجزاء . فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف . قال (وشبه العمد عند أبى حنيفة الخ) اختلفوا فى تفسير هذا النوع من القتل . فقال أبو حنيفة رحمه الله : شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة . وقالا : هو أن يتعمد الضرب بما لايحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة إذا لم يوال فى الضربات . فأما إذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض ، قالا : سمى هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه وإلا لكان عمدا ، واقتصاره إنما يتصوّر فى استعمال آلة لايقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فإنه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه . لا فى استعمال آلة لاتلبث فإنه لايقصد باستعمالها إلا القتل

(قوله قوله تعالى ـ ومن يقتل مؤمنا متعمدا ـ الخ) أقول : ذكر فى الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لأن المؤمن بارتكاب الكبيرة

وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا . وفيه مائة من الإبل » ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه . إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله . وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة . فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة .

وقد تقرر فى علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى - كتب عليكم القصاص فى القتلى - وثانيهما أن القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين فى التوضيح وغيره من كتب الأصول. وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ماتقرر فى كتب الأصول أيضا . والظاهر من الجزاء المضاف إلى الفاعل فى قوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها - هو جزاء فعله من كل الوجوه . فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه ، بخلاف الكفارة لو أوجبناها . وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية هاهنا نقلا عن المبسوط والأسرار : ولا وجه لحمل الآية على المستحل لأن المذكور فى الآية جزاء القتل العمد ، وإذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ، ولأن زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا . وأما تأويل الخلود فعلى معنى أنه اوعامله بعداه أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان فى السجن إذا طالت المدة انتهى . أقول : ليس شىء من ذينك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم . أما الأول منهما فلأن كون المذكور فى هاتيك الآية جزاء قتل العمد مما لاينافيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير حملها على المستحل ، إذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ، ولاشك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ، ففى الآية إذ ذاك بيان جزاء الردة التى سببها القتل المخصوص ، وفى التعبير فى الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الإسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذى جزاؤه جهنم على الخلود ، وهذا معنى لطيف لايخفى . وأما الثانى منهما فلأنه لايلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص ، بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من - متعمدا - معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود ، فى الجزاء ، كما أن أئمتنا حملوا متعمدا على هذا المعنى فى قول النبى صلى الله عليه وسلم « من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر » وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازانى فى شرحه للعقائد . فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضى عليه المأخذ . ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضى استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا ، والعجب من هؤلاء الأجلاء وم أصحب المبسوط والأسرار والنهاية ومعراج الدراية أنه كيف خفى عليهم ما ذكرنا . قال القاضى البيضاوى فى تفسير الآية المذكورة : وهو عندنا إما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ، ويؤيده أنه نزل فى مقيس بن حبابة وجد أخاه هشاما قتيلا فى بنى النجار ولم يظهر قاتله . فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يدفعوا إليه ديته فدفعوا ، ثم حمل على مسلم فقتله ورجع إلى مكة مرتدا . أو المراد بالخلود المكث الطويل ، فإن الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين

ولأبى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم (ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل » رواه النعمان ابن بشير رضى الله عنه . ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه به بالصغيرة إبطال للإطلاق وهولايجوز ، ولأن العصا الكبيرة والصغيرة تساويا فى كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ، إذ لايمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله ، وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا ، وإذا تساويا والقتل بالعصا

لايخلد فى النار . ولك أن تقول : أريد بالخلود المكث الطويل ، والله تعالى أعلم بمراده (قال المصنف : وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا » الحديث) أقول : قال ابن العز : الحديث حجة عليه لاله ، فإن العصا لايطلق إلا على مالايقتل غالبا ، ولا تسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعا وأسطوانة ونحوهما ، وعملها فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى . وجوابه أن

قال (وموجب ذلك على القولين الإثم) لأنه قتل وهو قاصد فى الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطأ (والدية مغلظة على العاقلة) والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطأ . وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وتجب مغلظة ، وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى (ويتعلق به حرمان الميراث) لأنه جزاء القتل . والشبهة تؤثر فى سقوط القصاص دون حرمان الميراث .

لايدوم عذابهم . إلى هنا لفظ القاضى (قوله وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد فى الضرب والكفارة لشبهه بالخطإ) أقول : الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطإ قياس وجوب الكفارة فى شبه العمد على وجوبها فى الخطإ أو إلحاق وجوبها فى شبه العمد دلالة بوجوبها فى الخطإ . وأيا ماكان يرد عليه أن يقال إن تعينها لدفع الذنب الأدنى فى الشرع لايعينها لدفع الذنب الأعلى كما سبق فى الجواب عن قياس الشافعى وجوب الكفارة فى العمد على وجوبها فى الخطإ ، إذ لاشك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطإ المحض . فإن الجانى فى الأول قاصد فى الضرب بخلاف الثانى . وعن هذا قالوا فى الأول وموجبه المأثم وفى الثانى ولا إثم فيه . فالأولى فى بيان وجوب الكفارة فى شبه العمد ماذكره صاحب الكافى حيث قال . والكفارة لأنه خطأ نظرا إلى الآلة . فدخل تحت قوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة - الآية انتهى (قوله والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطإ) أقول : مدلول قوله اعتبارا بالخطإ أن يكون الأصل فى وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ . وأن يكون وجوبها عليهم فى شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطإ . وليس ذلك بواضح ، إذ المصنف قال فى أوائل كتاب المعاقل : والأصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث حمل ابن مالك رضى الله عنه للأولياء « قوموا فدوه » انتهى . وقد كانت الجناية فى حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فإن تفصيله على ماذكره الشراح قاطبة فى فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن حمل بن مالك قال « كنت بين ضرتين فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا . فاختصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة : دوه . فقال أخوها : أندى من لاصاح ولا استهل ، ولا شرب ولا أكل ، ودم مثله يطل ، فقال عليه الصلاة والسلام : أسجع كسجع الكهان » وفى رواية « دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه » وهكذا ذكر فى المبسوط أيضا ، ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ماذكروا فى تفصيل ذلك فى الحديث إنما كان بجناية شبه العمد دون الخطإ ، فكان وجوب الدية على العاقلة فى شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس . وكان الأصل فى هذا

الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة . وقوله (وموجب ذلك) أى موجب شبه العمد على القولين : يعنى قول أبى حنيفة وقولهما (الإثم لأنه قتل وهو قاصد فى الضرب) على مامر من تفسيره (والكفارة لشبهه بالخطإ والدية مغلظة على العاقلة . والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة) احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن إقرار القاتل بالقتل خطأ (وقد كان قتله عمدا فإن فى هذه الصورة تجب الدية على القاتل فى ماله . وقوله (لقضية عمر رضى الله عنه) يعنى ماروى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين ، والمروى عنه

العصا الكبيرة إذا ضرب بها عمد عندهما (قال المصنف : والكفارة لشبهه بالخطأ) أقول : وفيه أن تعينها لدفع الأدنى لايعينها لدفع الأعلى كما سبق آنفا (قال المصنف : والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لابمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول : الأصل فى وجوب الدية على العاقلة حديث حمل بن مالك على ما سيأتى فى المعاقل ، والقتل فيه كان شبه عمد . وفى معراج الدراية روى الطحاوى عن المغيرة بن شعبة « أن امرأتين ضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط . فقضى عليه الصلاة والسلام عليها بالدية على عصبة القاتلة » متفق عليه . وهو حديث حمل بن مالك فى الغرة كما يجىء انتهى . فكيف يقاس بالخطأ (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول : بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف : والشبهة تؤثر فى ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول : صرح المصنف فى آخر الكتاب أن القصاص

ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه . قال (والخطأ على نوعين : خطأ فى القصد ، وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمى ، أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم . وخطأ فى الفعل ، وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ، وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ـ الآية ، وهى على عاقلته فى ثلاث سنين ،

الحكم هو شبه العمد لا الخطإ فتأمل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه) قال جمهور الشراح : أراد به قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا» وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك : ولكن المعهود من المصنف فى مثله أن يقول ما رويناه ، وقال : والحق أن يقال إنما قال أسلفناه نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أن حاصل المعنى المعقول على ماقرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة فى كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ، ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد ، فإنه قال : لا أدرى ما شبه العمد ، وإنما القتل نوعان : عمد ، وخطأ ، إذ لا واسطة بينهما فى سائر الأفعال فكذا فى هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطأ على نوعين : خطأ فى القصد ، وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمى ، أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم ، وخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا) أقول : فى عبارة الكتاب هاهنا تسامح ، فإنه قال فى تفسير الخطإ فى القصد : وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا الخ . وقال فى تفسير الخطإ فى الفعل : وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا . ولا يخفى أن كل واحد من نوعى الخطإ غير منحصر بما ذكره فى تفسيره ، بل الذى ذكره فى تفسير كل واحد منهما جزئى من جزئياته فكان أخص منه جدا فلم يصلح لأن يكون تفسيرا له ، فكان الظاهر أن يقال فى كل واحد منهما ، وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى إشارة إلى العموم ، كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال : وفى الخطإ قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا أو حربيا وفعلا كرميه غرضا فأصاب آدميا انتهى . ثم إن صدر الشريعة قال فى شرح الوقاية : الخطأ ضربان : خطأ فى القصد ، وخطأ فى الفعل . فالخطأ فى الفعل أن يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر ، كما إذا رمى الغرض فأخطأ وأصاب غيره والخطأ فى القصد أن لايكون الخطأ فى الفعل وإنما يكون الخطأ فى قصده ، فإنه قصد بهذا الفعل حربيا لكن أخطأ فى ذلك القصد حيث لم يكن ماقصده انتهى . ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : من قال الخطأ فى الفعل أن لايصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر فعل آخر فكأنه زعم أنه شرط فى الخطإ فى الفعل أن لايصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك ، فإنه إذا رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ، والشرط المذكور مفقود فى الصورتين ، ثم إنه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم ، فإنه إذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ولا قصد فيه انتهى . أقول : كل من وجهى رده ساقط جدا . أما الأول فلأن صدر الشريعة لم يشترط فى الخطإ فى الفعل أن لايصدر عنه الفعل الذى قصده ، بل قال : فالخطأ فى الفعل أن يقصد فعلا فيصدر عنه فعل آخر ، وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذى قصده كما صدر عنه فعل آخر ، ومن أن لايصدر عنه الفعل الذى قصده . مثال الأول ما ذكره الراد من الصورتين ، ومثال الثانى وهو الأكثر وقوعا ماذكره صدر الشريعة بقوله كما

كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه مما لايعرف بالرأى . وقوله (فالحجة عليه ما أسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا » الحديث ، ولكن المعهود من المصنف رحمه الله فى مثله أن يقول مارويناه والحق أن يقال : إنما قال أسلفنا نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول . قال (والخطأ على نوعين) إنما انحصر الخطأ فى نوعين ، لأن الرمى إلى شىء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمى ، فإن اتصل الخطأ بالأول فهو الأول ، وإن اتصل

يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلفيق .

لما بيناه (ولا إثم فيه) يعنى فى الوجهين . قالوا : المراد إثم القتل ، فأما فى نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى ، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لأن فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به ، بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعا من جسده فأخطأ فأصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص ، لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد . قال (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ فى الشرع ، وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه ؛ وموجبه إذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة) لأنه سبب التلف وهو متعدّ فيه فأنزل موقعا دافعا فوجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعى : يلحق بالخطإ فى أحكامه ، لأن الشرع أنزله قاتلا . ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الأصل . وهو إن كان يأثم بالحفر فى غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا . وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ، وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة .

إذا رمى الغرض فأخطأ ، بل يجوز أن يكون قوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ عاما كصورتى صدور ماقصده أيضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذى فطانة . وأما الثانى فلأن تحقق الخطأ فى الفعل فى صورة إن سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا ممنوع ، بل المتحقق هناك ما أجرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطأ إذ لابد فيه من صدور فعل عنه باختياره ، وفى صورة إن سقط من يده شىء فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختيار فصار لا محالة من قبيل ما أجرى مجرى الخطإ ، والكلام هنا فى نفس الخطإ لا فيما أجرى مجرى الخطإ فإنه قسم آخر من الأقسام الخمسة للجناية سيأتى ذكره مستقلا فيما بعد (قوله ولا إثم فيه : يعنى فى الوجهين) أقول : كان الأولى للمصنف أن يقول : يعنى فى كل واحد من الوجهين ، إذ يحصل حينئذ إصلاح إفراد الضمير أيضا .

بالثانى فهو الثانى . وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله عنه (ولا إثم فيه فى الوجهين) أى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ » الحديث. وقوله (ويحرم عن الميراث لأن فيه إثما) بدليل وجوب الكفارة ، والحرمان يجب بأنواع القتل فيما هو جناية ، قيل على المورّث تضمنت تهمة الاستعجال على الميراث ؛ وهذا كذلك لاحتمال أنه قصده ، إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه ؛ وقد ذكرنا ذلك فى شرح الرسالة ومختصر الضوء فى الفرائض مستوفى بتأييد الله تعالى . وقوله (بخلاف ما إذا تعمد) متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية . وصورة ذلك رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود . ولو أراد يد رجل فأصاب عتق غيره وأبانه فهو خطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لأن النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ ، إلا أنه كالخطأ فى الأحكام لأن المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله . وقوله (لأن الشرع أنزله قاتلا) يعنى فى حق الضمان فكذا فى الكفارة والحرمان . ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به ، وإنما ألحق به فى حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى فى حق غيره على الأصل . فإن قيل : الحافر فى غير ملكه يأثم وما فيه إثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم فى الخطإ . أجاب بقوله (وهو إن كان يأثم بالحفر فى غير ملكه) أى الإثم الحاصل بالقتل يصبح تعليق الحرمان به ، وما ذكرتم ليس كذلك فإن إثمه إثم الحفر لا الموت . وقوله (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ (لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى

(قال المصنف : لأن فيه إثما فيصبح تعليق الحرمان به) أقول : الأظهر أن يقول : لأنه قاتل ، وإلا فمجرد وجود الإثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية .

(باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمدا) أما العمدية فلما بيناه . وأما حقن الدم على التأبيد فاتنتفى شبهة الإباحة وتتحقق المساواة . قال (ويقتل الحرّ بالحرّ والحرّ بالعبد) للعمومات . وقال الشافعي رحمه الله : لايقتل الحرّ بالعبد لقوله تعالى ـ الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد ـ ومن ضرورة هذه المقابلة أن لايقتل حرّ بعبد ، ولأن مبنى القصاص على المساواة وهى منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لايقطع طرف

(باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع فى تفصيل مايوجب القصاص من القتل وما لايوجبه فى باب على حدة (قوله أما العمدية فلما بيناه) من قوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » ومن أن الجناية بها تتكامل ، كذا فى العناية وغاية البيان . وقال بعض الفضلاء : ومن قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ على مامر فى وجه كون موجب القتل القود عينا اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ إنما يدل على وجوب القصاص فى القتل . وأما كون وجوب القصاص فى القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لإطلاقها ، وإنما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله

مجراه ، وأما ما دونها فإنه يقصد إتلافه بغيره كما يقصد به ؛ ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة .

(باب ما يوجب القصاص ومالا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لايوجبه احتاج إلى تفصل ذلك فى باب على حدة . قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص ، وحقن الدم منعه أن يسفك . وقوله (على التأبيد) احترازعن المستأمن ، فإن فى دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص ، ولابد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم «العمد قود» ومن أن الجناية بها تتكامل ، وفيه بحث من أوجه : الأول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافى وصف القصاص بالوجوب . الثانى أن حقن الدم على التأبيد غير متصوّر لأنّ أنهى مايتصوّر منه أن يكون للمسلم فى دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى . الثالث أنها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فإنها موجودة فيه ولاقصاص . الرابع إن قيد التأبيد لثبوت المساواة ، وإذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة بينهما [illegible] اب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو . وعن الثانى أن المراد بالحقن على التأبيد [illegible] بحسب الأصل والارتداد عارض لامعتبر به ورجوع الحربى إلى داره أصل لاعارض : وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الأبوّة . وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء ، بخلاف العكس .

(باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه)

(قوله لما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول : ومن قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ على ما مر فى وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ، ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول : لايخفى أن ما ذكره مجازى لاينبغى ارتكابه إلا لضرورة ، ولا ضرورة إذ يجوز أن يقال : إنه واجب على الأئمة لايحل لهم أن يتركوه إذا أراد ولى الدم الاستيفاء ، أو يقال : هو واجب على القاتل إذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولى بالقصاص يأثم ، وقد فسر بهذين الوجهين قوله تعالى ـ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص ـ الآية (قوله ما هو بحسب الأصل) أقول : الأصل هاهنا بمعنى الكثير الراجح كما لايخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الأبوة) أقول : الظاهر أن يقال لحرمة الأبوة ، ومراد الشارح للشبهة الناشئة من الأبوة فى درء القصاص

الحرّ بطرفه ، بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان ، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحرّ لأنه تفاوت إلى نقصان ؛ ولنا أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين وبالدار ويستويان فيهما ، وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة ، والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه .

عليه الصلاة والسلام « العمد قود » والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال : والقود لقوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ وقال : إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » أى موجبه ، ولأن الجناية بها تتكامل الخ ، فكيف يتصوّر أن يندرج قوله تعالى ـ كتب عليكم ـ الخ فى قول المصنف هاهنا أما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ، ومن قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : فإن قال الشافعى : جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهى ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره . أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لايصلح ذلك مانعا ، إذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لايجرى بين المستأمنين وليس كذلك اهـ . أقول : هذا الشرح لايطابق المشروح ، لأن حاصله منع مانعية شبهة الإباحة عن القصاص . وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الإباحة فى العبد ، ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة . فالصواب فى الشرح أن يقال : ومعناه أن شبهة الإباحة غير ثابتة فى العبد وإلا لما جرى بين العبدين كما لايجرى بين المستأمنين (قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه) هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد فى الآية . ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لاينفى ماعداه كما فى قوله تعالى ـ والأنثى بالأنثى ـ فإنه لاينفى أن يقتل الأنثى بالذكر ولا العكس بالإجماع . وفائدة التخصيص الردّ على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية . وهو ماروى عن ابن عباس أن قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت إحداهما تدعى الفضل على الأخرى فقالت : لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحرّ منهم بالعبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا فى الشروح . أقول : لقائل أن يقول إن التخصيص بالذكر وإن لم يدل على نفى ماعداه إلا أن تعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد القصر نحو : الكرم التقوى : أى لاغيرها والأمير الشجاع ؟ أى لا الجبان ، ونحو التوكل على الله و « الإمام من قريش » إلى غير ذلك من الأمثلة كما عرف

وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ وقوله ـ ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ـ وقوله ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ وقوله صلى الله عليه وسلم « العمد قود » وذكر قول الشافعى رحمه الله ووجهه وهو واضح . وقوله (وهى) أى العصمة (بالدين) يعنى عنده (أو بالدار) يعنى عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجرى القصاص بينهما ، فإن قال جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهى ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره . أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لايصلح ذلك مانعا ، إذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجرى بين المستأمنين وليس كذلك . وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدل به من المقابلة فى الآية ، ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لاينفى ماعداه كما فى قوله ـ والأنثى بالأنثى ـ فإنه لاينفى الذكر بالأنثى ولا العكس بالإجماع ، وفائدة التخصيص الردّ على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول ، وذلك أن ابن عباس رضى الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى إحداهما فضلا على الأخرى اقتتلتا ، فقالت مدعية الفضل : لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحرّ منهم بقتل العبد منا ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم ، ولم يذكر الجواب عن الأطراف . وقد أجيب بأن القصاص فى الأطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان ، فإنه لاتقطع اليد الصحيحة بالشلاء ، ولا مساواة بينهما فى ذلك لأن الرق ثابت فى أجزاء الجسم ،

وهى شبهة الإباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » (قوله وقد أجيب بأن القصاص فى الأطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان) أقول : يعنى لايكفى فيها المساواة فى العصمة ، بل لابد من المساواة فى الجزء المبان فى كونه معيبا وسلامته من العيب ، فطرف العبد معيب ، بخلاف طرف الحر .

قال (والمسلم بالذمى) خلافا للشافعى . له قوله عليه الصلاة والسلام « لايقتل مؤمن بكافر » ولأنه لامساواة بينهما وقت الجناية . وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة . ولنا ماروى «أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى» ولأن المساواة فى العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف والدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم ، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء

فى علم الأدب . وقد استدل الأئمة الحنفية على أن موجب القتل العمد هوالقود عينا لاواحد من القود والدية لابعينه بقوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » وقالوا : وجه التمسك به أن الألف واللام فى قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه . والجواب أن اللام إنما يجوز حملها على الجنس إذا لم يكن هناك معهود كما عرف فى علم الأدب وعلم الأصول أيضا ، وفى الآية المذكورة تحقق المعهود وهوماذكر فى سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها مايقتضى القصر ، وقد أشار إليه فى الكافى حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : إن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى — وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة — أى فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه . أقول : قد حمل الشبهة المذكورة فى الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر . أما أولا فلأن المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال : لأنه لامساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم أن يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعلها استدلالا آخر فهلا يكون هذا منافيا لما سبق أومستدركا . وأما ثانيا فلأنه سيقول فى الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال : والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة ، وذلك قطعى الدلالة على أن ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة ، إذ لاشك أن قتل الذمى بمثله لايؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمى ، وإنما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الإباحة فى دم الذمى . فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الإباحة كما هومقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله ، وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك فى المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما لا يخفى (قوله ولأن المساواة فى العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل : ولأن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا إلى

بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمدها فى العصمة وقد تساويا فيها على مامر . قال (والمسلم والذمى فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله فى ثبوت اقتصاص المسلم بالذمى ، فذهب عامة العلماء إلى عدمه ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم إلى ثبوته وهومذهب النخعى والشعبى . استدل الأولون بما روى أبو جحيفة قال : «سألت عليا رضى الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن ؟ قال لا ، والذى فلق الحبة وبرأ النسمة إلا أن يعطى فهما فى كتابه وما فى الصحيفة ، قلت : وما فى الصحيفة ؟ قال : العقل وفكاك الأسير ولا يقتل مسلم بكافر » . وبأن القصاص يعتمد المساواة فى وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه . وإنما قيد بوقت الجناية لأن القاتل إذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فإنه يقتص منه بالإجماع ، وبأن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى — وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة — أى فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة . ولنا ما روى محمد بن الحسن عن إبراهيم رحمهما الله « أن رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنا أحق من وفى بذمته ، ثم أمر به فقتل » وفى دلالته على المطلوب جلاء لايمارى . ورد بأن مداره على ابن السلمانى وهو ضعيف . قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله : ابن السلمانى حديثه منكر ، روى عنه ربيعة أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر . وقال الدارقطنى : ابن السلمانى لايقوم به حجة إذا وصل فكيف إذا أرسل . والجواب أن الطعن بالإرسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول ، وقد عرف فى الأصول (ولأن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا إلى التكليف) يعنى عنده (أوالدار) يعنى عندنا فيثبت . وقوله (والمبيح كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح ،

(قوله ولأن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة ، وهى ثابتة نظرا إلى التكليف : يعنى عنده ، أو الدار : يعنى عندنا) أقول : ولهذا

الشبهة . والمراد بما روى الحربي لسياقه « ولا ذو عهد فى عهده » والعطف للمغايرة .

التكليف : يعنى عنده ، أو الدار : يعنى عندنا اه . أقول : وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا إلى التكليف أو الدار إلى المذهبين كما ترى ، فحمل قوله إلى التكليف على مذهب الشافعي ، وقوله أو الدار على مذهبنا ، لكنه محل نظر لأن المصنف لما قال فى تعليل المسئلة السابقة . ولنا أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين أو بالدار . قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضا هناك . وهى أى العصمة بالدين : يعنى عنده ، أو بالدار : يعنى عندنا ، فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي . وإذا كان المعتبر فى ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الإسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية فى هذا المحل . ثم أقول : لعل كلمة أو فى قول المصنف نظرا إلى التكليف ، أو الدار بمعنى الواو كما فى قوله :

سيان كسر رغيفه أو كسر عظم من عظامه

فيكون المجموع على مذهبنا ، ويؤيده ما وقع فى بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو ، وعبارة الكافى والتبيين أيضا فإن المذكور فيهما فى هذا المقام ، ولأن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وقد وجدت نظرا إلى الدار وإلى التكليف اه . فإن قلت : لم لم تحمل المجموع على مذهبنا مع إبقاء كلمة أو على أصل معناها ؟ قلت : لأن التكليف وحده لايقتضى العصمة الموجبة للقصاص ؛ ألا يرى أنه إذا قتل مكلف ولو كان مسلما فى دار الحرب لايجب القصاص صرح به فى عامة المعتبرات فلا بد من أن يكون فى دار الإسلام أيضا (قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة) يعنى أن المراد

وتقريره أنا لانسلم أن مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب ، قال الله تعالى ـ قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ـ إلى قوله ـ حتى يعطوا الجزية ـ وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة : أى قتل الذمى بالذمى دليل على أن كفر الذمى لايورث الشبهة إذ لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لايجرى بين الحربيين . فإن قيل : يورث الشبهة إذا قتله مسلم . قلنا : فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص . وقوله (والمراد بما روى) جواب عما استدلوا به من حديث على رضى الله عنه . وتقريره ما ذكره الطحاوى رحمه الله فى شرح الآثار أن الذى حكاه أبو جحيفة عن على رضى الله عنه لم يكن مفردا ، ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله «ولا ذو عهد فى عهده » وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذو عهد فى عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما فى نفسه وليس كذلك لأدائه إلى أن لايقتل ذو عهد مدة عهده وإن قتل مسلما ، وليس بصحيح بالإجماع . فيقدر ولا ذو عهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى ـ آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ـ ثم الكافر الذى لايقتل به ذو عهد هو الحربي بالإجماع فيقدر بكافر حربي ، وإذ لابد من تقدير حربي يقدر فى المعطوف عليه كذلك ، وإلا لكان ذلك أعم والأعم لادلالة له على الأخص بوجه من الوجوه ، فما فرضناه دليلا لايكون دليلا هذا خلف باطل . فإن قيل : فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب ؟

يقتل الذمى بالذمى (قوله قلنا : فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول : لم لايجوز أن يقال : يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا إلى مثله ، وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم ، إلا أن يقال : العصمة لاتتجزى (قوله والعطف للمغايرة) أقول : قال الإتقانى : ولنا فى هذا الكلام نظر . لأنا نقول : نعم العطف للمغايرة ، ولكن لم يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر لأنه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ، ولكن نقول : إن الذمى يقتل بالذمى بالاتفاق ، فعلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذمى اه . فيه بحث . وفى الكفاية : فإن قيل : جاز أن يراد بذى العهد المسلم . قلنا : العطف يقتضى المغايرة اه . وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الإتقانى فليتأمل (قوله فيقدر ولا ذو عهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى ـ آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ـ) أقول : له أن يقول : هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة » فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق ، فكذا النهى فى هذا الحديث عن قتله بغير حق ، وله نظائر (قوله وإلا لكان ذلك أعم) أقول : أى الكافر الذى فى المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فما فرضناه دليلا) أقول : أى على التقدير (قوله لايكون دليلا هذا خلف باطل) أقول : المقدر فى الثانى لفظ كافر كما فى الأول ، فيصلح

قال (ولا يقتل بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأبيد ، وكذلك كفره باعث على الحراب ،

بالكافر فى قوله عليه الصلاة والسلام « لايقتل مؤمن بكافر » هو الحربى بدليل سياقه وهو قوله «ولا ذو عهد فى عهده » فإنه معطوف على مؤمن ، فالمعنى : ولا يقتل ذو عهد بكافر ، ولا شك أن ذا العهد وهو الذمى إنما لايقتل بالحربى دون الذمى ، فإن جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه . فإن قيل : لم لايجوز أن يكون المراد بذى العهد فى الحديث هو المسلم دون الذمى ؟ قلنا لأن العطف يقتضى المغايرة ، فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم ، وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة . فإن قيل : ولم لايجوز أن يكون قوله ولا ذو عهد فى عهده ابتداء كلام : أو لايقتل ذو عهد فى مدة عهده . قلنا : لأن الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لايكون مستقلا بنفسه . والمراد بالأول نفى القتل قصاصا لانفى مطلق القتل ، فكذا فى الثانى تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين . هذا جملة مافى الكافى وأكثر الشروح فى هذا المقام أخذا من المبسوط والأسرار . وقال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علىّ رضى الله عنه . وتقريره ما ذكره الطحاوى فى شرح الآثار : إن الذى حكاه أبوجحيفة عن علىّ لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ماقالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله « ولا ذو عهد فى عهده » وإليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد فى عهده . ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما فى نفسه ، وليس كذلك لأدائه إلا أن لايقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما ، وليس بصحيح بالإجماع فيقدر ولا ذو عهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى ـ آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ـ ثم الكافر الذى لايقتل به ذو عهد هو الحربى بالإجماع فيقدر بكافر حربى ، وإذ لابد من تقدير حربى يقدر فى المعطوف عليه كذلك ، وإلا لكان ذلك أعم ، والأعم لادلالة له على الأخص بوجه من الوجوه ، فما فرضناه دليلا لايكون دليلا هذا خلف ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أن الأعم إنما لايدل على الأخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الأخص : أى لايدل الأعم على أن يكون المراد منه هو الأخص وحده ، وهذا معنى ما يقال فى العلوم العقلية : لادلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث . وأما من حيث اندراج الأخص تحت ذلك الأعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الأخص ولغيره أيضا ؛ ألا يرى أنا إذا قلنا كل حيوان متحرك بالإرادة فلا شك أنه يدل على كون الإنسان متحركا بالإرادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان ، وكذا حال سائر الكليات بالنظر إلى ما تحتها من الجزئيات ، وهذا أمر لاسترة به ، ففيما نحن فيه لو لم يقدر حربى فى المعطوف عليه وكان كافر أعم من الحربى والذمى لدل على أن لايقتل مؤمن بشىء من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعى ، ولم يلزم أن لايكون مافرضناه دليلا للشافعى دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور . والثانى أن عدم كون مافرضناه دليلا للشافعى دليلا له لايقتضى تقدير شىء فى الحديث ، إذ لايتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعى ذلك الحديث دليلا على مدعاه ، بل جعله دليلا عليه إنما يصح بعد تعين معناه ، فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر فى الحديث بلزوم أن لايكون مافرضناه دليلا للشافعى دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور . والثالث أن ماعده محذورا وهو أن لايكون ما فرضناه دليلا للشافعى دليلا له لازم أيضا على تقدير أن يقدر حربى فى المعطوف عليه بمقتضى رأيه ، لأن الحربى مباين للذمى لا محالة ، وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الأعم على الأخص ؛ فإن لزم من أن يكون كافر فى الحديث أعم أن لايكون ما فرضناه دليلا للشافعى دليلا له فلأن لزم من أن يقيد كافر فى الحديث بحربى أن لايكون مافرضناه دليلا للشافعى

فالجواب من جهتين : أحدهما المسلم دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه . والثانى أن يقتل من لايحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان . وهذه المسئلة من معارك الآراء لاطائل تحت تطويلها فلنقتصر على ماذكرنا . وقوله (ولا يقتل) يعنى المسلم (بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد) كما تقدم فى أول الباب (ولأن كفره باعث على الحراب

الأول قرينة على تقدير الثانى ، وتقييده بالحربى بدليل آخر فتدبر .

لأنه على قصد الرجوع (ولا يقتل الذمى بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياسا للمساواة ، ولاقتل استحسانا لقيام المبيح (ويقتل الرجل بالمرأة ، و الكبير بالصغير ، والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون) للعمومات ، ولأن فى اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفانى . قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه الصلاة والسلام « لايقاد الوالد بولده » وهو بإطلاقه

دليلا له أولى ، فكيف يثبت تقدير حربى على رأيه وبالجملة قد . خرج الشارح المزبور فى توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضلّ عن سبيله. ثم إن صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال : ولنا فى هذا المقام نظر . لأنا نقول : نعم العطف للمغايرة ، ولكن لم يعطف قوله عليه الصلاة والسلام « ولا ذو عهد على »كافر لأنه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ، ولكن نقول : إن الذمى يقتل بالذمى بالاتفاق ، فعلم أن المراد من الكافر الحربى اه . أقول : نظره فى غاية السقوط ، لأن قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد فى الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من أن قوله عليه الصلاة والسلام « ولا ذو عهد » لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته لمؤمن دفعا لاحتمال أن يكون المراد بذو عهد فى الحديث هو المؤمن أيضا ، إذ على هذا الاحتمال لايظهر كون المراد بكافر هو الحربى ، إذ المؤمن لايقتل بذمى أيضا عند الشافعى فلا يسلم التقييد بحربى ، وأما إذا كان ذو عهد مغايرا لمؤمن فكان المراد به هو الذمى يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربى ، وإلا يلزم أن لايقتل الذمى بالذمى أيضا مع أن خلافه مجمع عليه . والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للمغايرة ماذكرناه مع وضوحه فى نفسه يرشد إليه جدا تقرير صاحب الكافى وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذمى بالمستأمن لما بينا) قال جماعة من الشراح : وهو قوله ولا ذو عهد فى عهده ، وحمله صاحب العناية على قوله لأنه ليس محقون الدم على التأبيد ، ولم يقبل رأى هؤلاء الشراح حيث قال : ولا يقتل الذمى بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأبيد ، وقيل هو إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « ولا ذو عهد فى عهده » وليس بواضح لأن المعهود منه فى مثله لما روينا ، ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربى ، إلا إذا أريد هناك بالحربى أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق ، ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربى والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا ، لأن التقدير المذكور ليس بمروىّ ، وإنما هو تأويل فلم يقل لما روينا ، إلى هنا كلامه . أقول : فى قوله ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربى والجواب عنه نظر ، لأنه إذا أريد هناك بالحربى ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب ، فإن قتل المحارب واجب فما معنى نفيه فى الحديث ، فيحتاج إلى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل ، وإنما يحصل الغنى عن السؤال والجواب إذا كان المراد بالحربى هناك هو المستأمن فقط كما هو الأحسن ، وجزم به صاحب البدائع حيث قال : وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لأنه قال «لايقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده» عطف قوله ولا ذو عهد فى عهده على المسلم ، فكان معناه : لايقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ، ونحن به نقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام « لايقاد الوالد بولده ») قال تاج الشريعة : قلت : خص به عموم الكتاب لأنه لحقه

لأنه على قصد الرجوع) إلى داره فكان كالحربى (ولا يقتل الذمى بالمستأمن لما بينا) أنه ليس محقون الدم على التأبيد . وقيل هو إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم « ولا ذو عهد فى عهده » وليس بواضح لأن المعهود منه فى مثله لما روينا ، ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربى إلا إذا أريد هناك بالحربى أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق ، ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربى والجواب عنه . وعبر بقوله لما بينا لأن التقدير المذكور ليس بمروى وإنما هو تأويل فلم يقل لما روينا . وقوله(للعمومات) يعنى الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها.وقوله (ولأن فى اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعى رحمه الله . قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لايقتل الإنسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم

(قوله لأن التقدير المذكور ليس بمروى) أقول : يعنى غير مذكور على قصد الرواية ، بل لتتميم الدليل .

حجة على مالك رحمه الله فى قوله يقاد إذا ذبحه ذبحا . ولأنه سبب لإحيائه . فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لايجوز له قتله وإن وجده فى صف الأعداء مقاتلا أوزانيا وهو محصن . والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ، والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا فى هذا بمنزلة الأب . وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا ، ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط . قال (ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لأنه لايستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه . وكذا لايقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لايتجزأ .

الخصوص . فإن المولى لايقتص بعبده ولا بعبد ولده . وذكر الإمام البزدوى أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فصلح مخصصا أو ناسخا حكم الكتاب اه . أقول : الحق ما ذكره الإمام البزدوى لاما قاله تاج الشريعة من عند نفسه ، لأن حاصل ما قاله أن الكتاب فى حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص فى القتلى بالسنة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام ، إذ قد تقرر فى الأصول أن العام الذى خص منه البعض إنما يصير ظنيا إذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به ؛ وأما إذا كان البعض من العام مخرجا بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا فى الباقى . ولا شك أن ما يخرج قتل المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافى قطعيتها . فلا يجوز إخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد ، بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف فى أصول الفقه فلا بد من المصير هنا إلى ماذكره الإمام البزدوى (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح : هذا جواب عما يقال الوارث يستحق إفناءه لا الولد ولا محذور فيه . وقال صاحب العناية بعد ذلك : ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول : فيه بحث ، إذ لايرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص . فلو قال : فمن المحال أن يتسبب لفنائه ؛ فأما إن أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج إلى الجواب المذكور ، وأما إن أراد بها شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم (قوله والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا فى هذا بمنزلة الأب . وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا) أقول : من العجائب هنا أن الإمام

« لا يقاد الوالد بولده » وهو معلول بكونه سببا لإحيائه وهو وصف معلل ظهر أثره فى جنس الحكم المعلل به ؛ فإنه لايجوز أن يقتل والده وإن وجده فى صف الأعداء مقاتلا أو وجده زانيا وهو محصن فيجوز أن يتعدى به الحكم من الوالد إلى الجد مطلقا وإلى الأم والجدات كذلك فإنهم أسباب لإحيائه فلا يجوز أن يكون سببا لإفنائهم . قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث يستحق إفناءه لا الولد ولا محذور فيه ، ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب . وقال مالك رحمه الله : إن ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطإ من كل وجه ، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين فإن فيه توهم التأديب ، لأن شفقة الأبوّة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة ، قال المصنف رحمه الله : وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله . وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فإنه يرجم . أجيب بأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص ، بخلاف القصاص . لايقال : فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه ، لأن حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » صار شبهة فى الدرء . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه سبب لإحيائه . وقوله (ولا ولده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن

(قال المصنف : والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول : القصاص طريقه الخلافة عند أبى حنيفة دون الوراثة كما سيجىء فى باب الشهادة فى القتل فلا يلائمه كلام المصنف . وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة ، فتارة يعين الأولى وتارة يعين الثانية احتيالا فى درء القصاص فليتأمل ، فإن هذا كلام إجمالى كتبته تذكرة (قوله ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه) أقول : وأنت خبير بأن عبارة المصنف تؤدى هذا المعنى ، إذ معناها فمن المحال أن يستحق لأجله إفناؤه ، ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك) أقول : أى تمنعه عن التعمد (قوله ويلحق به ما كان سلاحا) أقول : يأبى عن الإلحاق قول المصنف والمراد به

قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحرمة الأبوة . قال (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) وقال الشافعي : يفعل به مثل مافعل إن كان فعلا مشروعا ، فإن مات وإلا تحزّ رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لاقود إلا بالسيف » والمراد به السلاح ، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما فى كسر العظم . قال (وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا أرى فى هذا قصاصا) لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حرا والملك إن مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعنى هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوّجتها منك لايحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا . ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد . واختلاف السبب لايفضى إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به . بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح .

الزاهدى قال فى شرح مختصر القدورى : قلت : ذكر الجدة فى الهداية من قبل الأم ولم يطلقها وذكر فيها الأجداد من قبل الرجال والنساء والأم ولم يذكر الجدة من قبل الأب أصلا فوقعت لى شبهة فى الجدة من قبل الأب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر فى كفاية البيهقى . قال : ولايقتل أصول المقتول به وإن علوا خلافا لمالك فيما إذا ذبحه ذبحا اه . وأنت ترى أن الجدة من قبل الأب مذكورة فى الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة فى أمرها (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » والمراد به السلاح) قال صاحب العناية فى حل هذا المحل : ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا قود إلا بالسيف » وهو نص على نفى استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا . أقول : فيه خلل ، لأنه إذا كان نصا على نفى استيفاء

فى يستوجب ، وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل : يعنى ولا يستوجب والده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده . وقوله (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا . وقوله (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) يعنى إذا وجد القتل الموجب للقود لايستوفى إلا بالسيف . وقال الشافعي رحمه الله : ينظر إن كان قتل بفعل مشروع مثل أن قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فإن مات وإلا تحز رقبته ، وإن كان بغير مشروع كأن سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف ، لأن مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة فى أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا قود إلا بالسيف » وهو نص على نفى استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا) فإن قيل : يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف . أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون مايجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يئول إليه ، وهذا مختار صاحب الأسرار . وفخر الإسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب إلا بالسيف واستدل به لأبى حنيفة رحمه الله فى نفى القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه فى التقرير . وقوله (ولأن فيما ذهب إليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لأن مبنى القصاص على المساواة . ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل ، لأن فيه الحز بعد فعل مثل ما فعل به ، وأنه غير جائز لأدائه إلى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما فى كسر العظم ، فإن من كسر عظم إنسان سوى السن عمدا فإنه لايقتص منه ، وإذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلأن يجوز ترك البعض أولى . قال (وإذ قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلى المولى الخ) إذا قتل المكاتب عمدا فلا

السلاح نوع إياه (قوله فإن قيل : يحتمل أن يكون المراد لاقود يجب إلا بالسيف) أقول : لايمكن أن يورد هذا من طرف الشافعى ، لأن القتل بالمثقل يوجب القود عنده (قوله أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون مايجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يئول إليه) أقول : كان مراده أن خبر لا إذا كان من الأفعال الخاصة يجب ذكره ، فقوله يجب ليس خبرا للا ، بل هو معتبر فى مفهوم القود ، فإنه بصدد أن يجب إذا كان وجد فى مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود ، وفيه بحث ، فإن المراد به الوجود الشرعى ،

(ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى) لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبدا والوارث إن مات حرًّا إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى موته على نعت الحرية أو الرق . بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها) .

القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف . وهو يتصوّر أن يدل كلام واحد على نفى شىء وإثباته معا . والحق أن يكون المراد بالسيف فى الحديث المزبور والسلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار إليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافى والكفاية حيث قالا : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » أى لا قود يستوفى إلا بالسيف . والمراد بالسيف السلاح . هكذا فهمت الصحابة رضى الله عنهم . وقال أصحاب ابن مسعود : لا قود إلا بسلاح ، وإنما كنى بالسيف عن السلاح اهـ . وقال فى النهاية : فإن قيل : يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب إلا بالسيف لا أن يكون معناه لا قود يستوفى إلا بالسيف . قلنا : القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا ، وإن حمل عليه كان مجازا ، ولأن القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والإبرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف ، وإنما السيف مخصوص بالاستيفاء اهـ . وذكر هذا السؤال فى العناية أيضا ، ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الأول من الوجهين المذكورين فى النهاية . أقول : فى ذاك الوجه من الجواب نظر . لأنه إنما يتم أن لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور فى الحديث ما يجب شرعا . وأما إذا كان مداره على احتمال أن يقدر فى الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك . إذ لا مجاز حينئذ فى لفظ القود . فإن قلت : المصير إلى التقدير ليس بأسهل من المصير إلى التجوّز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول إلى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر . قلت : لا محيص عن تقدير شىء على المعنى الذى حملوه عليه أيضا . فإن معنى الحديث على ذاك لا قود يستوفى إلا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء . ومثل ذلك بمعونة المقام ليس بعزيز فى كلام البلغاء فلا يتم التقريب (قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) أقول : أطلق الوارث هنا ولم يقيده بالحرّ وقيده فى الصورة الآتية بذلك حيث قال : وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار ، وكان الأولى أن يعكس الأمر ، فإنه إذا كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر أنه يجب القصاص للمولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما فى الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة ، إذ لا ولاية للأرقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هناك فإنه المولى على كل حال ، إن مات عبدا فبالملك وإن مات حرًّا فبالولاء . وأما إذا كانت الورثة أرقاء فى الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده فى قولهم جميعا كما إذا كانت الورثة أحرارا لأنه مات عبدا

يخلو إما أن ترك وفاء أو لم يترك ، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون له وارث غير المولى أو لا . فإن كان الثانى فللمولى القصاص عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا أرى فى هذا قصاصا . واستدل بما ذكر فى الكتاب وكأنه حام حول الدرء بالشبهات . ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ ، وهو فى الحقيقة نفى اعتبار مثل هذه الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار ، لأن السببين إذا رجعا إلى شخص و حكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد . وأما إذا رجعا إلى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن أن تكون معتبرة ، فإن كان الأول فلا قصاص وإن اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر ، لأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى موته على نعت الحرية أو الرق ، فإنه على قول علىّ وابن مسعود رضى الله عنهما يموت حرا إذا أديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته ، وعلى قول زيد ابن ثابت رضى الله عنه يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى (بخلاف الأولى فإن المولى متعين فيها) وإن كان الثانى وهو ما إذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ، ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة

ولا يلزم اعتبار الوجوب فى القود كما فى المعنى الآخر فتدبر . ثم اعلم أن ضمير عليه فى قوله والحمل عليه راجع إلى « ما » فى قوله دون ما يجب شرعا .

وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا)لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة ، بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء ؛ لأن العتق فى البعض لاينفسخ بالعجز (وإذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لأن المرتهن لاملك له فلا يليه ، والراهن لو تولاه لبطل حق

فى تلك الصورة بلا ريب . والتقييد بالأحرار يشعر بكون الحكم فى الأرقاء خلاف ذلك ، بناء على أن مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا فى الروايات كما صرحوا به . فالأحسن ماذكره صاحب الكافى حيث قال فى هذه الصورة : ولو ترك وفاء وله وارث حرّ غير المولى فلا قصاص ؛ وقال فى الصورة الآتية : فإن لم يترك وفاء له ورثة أحرار أو لا وجب القصاص للمولى عندهم . فإن قلت : الرقيق لايكون وارثا لأن الرق أحد الأمور الأربعة التى تمنع عن الإرث كما تقرر فى علم الفرائض فلا احتياج إلى تقييد الوارث بالحرّ بل لاوجه له لإشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا . قلت : المراد بالوارث هنا من كان من شأنه أن يرث ، والرقيق كذلك لأنه يرث عند زوال الرق عنه لامن يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية وإلا يلزم أن لايتم تقييد الورثة بالأحرار فى الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بها فى الكتاب بل فى أصل الجامع الصغير للإمام الربانى (قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا) قال صاحب العناية : ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء ، ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة فى ذكره ؛ لأن حكمه حكم المذكور فى الكتاب اهـ . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، لأن كون حكمه حكم المذكور لايقتضى عدم الفائدة فى ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة فى ذكره ؛ ألا ترى أن أكثر المسائل المذكورة فى أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الأحكام مع أنه لامجال لأن يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر ، على أن تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم فى غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا فى الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شىء يفيد كون الحكم فى المتروك حكم المذكور . فالوجه فى الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال : إن حكم المتروك هاهنا معلوم من حكم المذكور بالأولوية على طريقة دلالة النص ، فإنه إذا وجب القصاص للمولى وحده فى قولهم جميعا فيما إذا كان له ورثة أحرار فلأن يجب القصاص للمولى وحده فيما إذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لايخفى (قوله بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء ، لأن العتق فى البعض لاينفسخ بالعجز) قال فى غاية البيان : قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى : وليس هذا كالعبد المعتق بعضه إذا مات عاجزا ، لأنه ذكر فى المنتقى عن أبى حنيفة أن لا قصاص لأن عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة فكأنها لم تكن ، وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اهـ . أقول : فيه نظر ، قد مرّ من قبل أن أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذى لايفضى إلى المنازعة ولا إلى اختلاف الحكم لايبالى به ، ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما إذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبى حنيفة فى مسئلة معتق البعض إذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين ، إذ لا إفضاء إلى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا إلى اختلاف الحكم فمن أين لايثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ؟ ثم أقول : لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق

فى ذكره ؛ لأن حكمه حكم المذكور فى الكتاب . وقوله (بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء) يعنى لايجب القصاص

(قال المصنف : وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا) أقول : قال فى الكفاية : وذكر شيخ الإسلام يريد به لم يترك وفاء ولم يكن فى قيمته وفاء بالمكاتبة أيضا ، فأما إذا كان فى قيمته وفاء بالمكاتبة لاقصاص فيه ، ويجب قيمته على القاتل فى ماله ، لأن موجب العمد وإن كان هو القصاص إلا أنه يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص ، كما إذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول إلى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله ، فكذا هنا جاز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص ، لأن وجوب القيمة أنفع له ، لأنه يحكم بحريته وحرية أولاده إذا أدى بدل الكتابة من قيمته اهـ . والمراد إذا كان فى الفائت مالية حتى لا يخالف مذهبنا على ما سبق

المرتهن فى الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه . قال (وإذا قتل ولىّ المعتوه فلأبيه أن يقتل) لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفى الصدر فيليه كالإنكاح .

البعض إذا مات ولم يترك وفاء ما إذا كان له وارث غير المولى ، يرشد إليه ذكر مخالفة هذه المسئلة فى حيز قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فحينئذ يصح تتميم ما أجمله المصنف فى تعليله بقوله لأن العتق فى البعض لاينفسخ بالعجز بأن يقال : فالمولى يستحق القصاص فى البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه فى البعض المعتق بالإرث فيكون السببان راجعين إلى الشخصين فيبالى باختلافهما للإفضاء إلى المنازعة تأمل تقف (قوله وإذا قتل ولىّ المعتوه فلأبيه أن يقتل) يعنى إذا قتل قريب المعتوه فلأبى المعتوه أن يقتل : أى له ولاية استيفاء القصاص من القاتل . قال صاحب العناية فى شرح هذه المسئلة : وإذا قتل ولىّ المعتوه يعنى ابنه فلأبيه وهو جد المقتول الاستيفاء . أقول : هذا تقصير فى بيان المسئلة ، فإن من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر فى ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كأخيه وأخته لأم من غير أبيه وكأمه المطلقة من أبيه وغير ذلك . وعبارة الكتاب تتحمل التعميم ، فإن ولىّ المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها . وصاحب النهاية أصاب فى تفسير ولىّ المعتوه ، ولكن أفسد بعده حيث قال : وإذا قتل ولى المعتوه أى قريبه وهو ابنه : يعنى إذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلأبى المعتوه وهو جدّ المقتول ولاية استيفاء القصاص اهـ . واقتفى أثره جماعة من الشراح ، والحق ماقدمناه من التعميم ، وغاية ما يمكن فى توجيه كلامهم أن يحمل ماذكروه على التمثيل دون التخصيص (قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفى الصدر فيليه كالإنكاح) قال صاحب الغاية : قال بعض الشارحين فى هذا الموضع : كل من ملك الإنكاح لايملك استيفاء القصاص ، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص . فأقول : ليس هذا بشىء ، لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن ، وكذلك يملك الإنكاح إذا لم يكن ثمة ولىّ أقرب منه ، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الإنكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة ، وبه صرح الكرخى فى مختصره ، إلى هنا لفظ الغاية . أقول : ما نسبه إلى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواه ، ورده عليهم مردود ، فإنه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح ، لأن معنى المقام أنه إذا قتل أحد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لأبى المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية إنكاح المعتوه والصبىّ ، ومراد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك إنكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير ، فإن الأخ مثلا يملك إنكاح المعتوه والصبىّ ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما ، بخلاف الأب فإنه يملكهما معا . وبينوا وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشفى وللأب شفقة كاملة يعدّ ضرر الولد ضرر نفسه فجعل مايحصل له من التشفى كالحاصل للابن ، بخلاف الأخ ، فقول صاحب الغاية لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن إن أراد به أنه يملك ذلك باستحقاقه إياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لأن من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ، ولكن لامساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح ، فإن الكلام هاهنا فى ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة ، وهو معنى المسئلة التى نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهانى فإنه قال فيه : وإذا وجب القصاص لصغير أو معتوه فى النفس أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للأب فى هذا القصاص فإن الأب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعى اهـ . وإن أراد بذلك أن الأخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وإن لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ، ولم أر فى شىء من كتب الفقه أن أحدا ذهب إليه وقال به . والدليل الذى ذكروه فى الفرق بين الأب

لأن ملك المولى لايعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه . وقوله (وإذا قتل ولىّ المعتوه) يعنى ابنه (فلأبيه) وهو جدّ المقتول الاستيفاء (لأنه من) باب (الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها) أى إلى النفس (وهو تشفى الصدر فيليه كالإنكاح)

(وله أن يصالح) لأنه أنظر فى حق المعتوه ، وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه (وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصىّ بمنزلة الأب فى جميع ذلك إلا أنه لايقتل) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله . ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل . وفى كتاب الصلح أن الوصىّ لايملك الصلح لأنه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء . ووجه المذكور هاهنا

وغيره هنا يقتضى خلاف ذلك قطعا (قوله وله أن يصالح لأنه أنظر فى حق المعتوه) قال جمهور الشراح : هذا فيما إذا صالح على قدر الدية . أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية اهـ . وكذا ذكره الإمام الزيلعى فى شرح الكنز . وقال صاحب الغاية : قال بعضهم فى شرحه : هذا إذا صالح على مثل الدية ، أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية . ولنا فيه نظر ، لأن لفظ محمد فى الجامع الصغير مطلق حيث جوّز صلح أبى المعتوه عن دم قريبه مطلقا لأنه قال : وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغى أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا بإطلاقه ، وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص ، فإذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل فى القليل والكثير ؛ ألا يرى أن الكرخى قال فى مختصره : وإذا وجب لرجل على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر ، إلى هنا لفظه . أقول : نظره ساقط ، فإن لأصحاب التخريج من المشايخ صرف إطلاق كلام المجتهد إلى التقييد إذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به ، وله نظائر كثيرة فى مسائل الفقه ، فيجوز أن يكون الأمر هاهنا كذلك ، والظاهر أن الشراح أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ، ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس الشراح أيضا إلى تلك الرتبة ، فلا يقدح فيما قالوا إطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله فى هذه المسئلة . ثم إن قوله وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم . وقوله والنفع يحصل فى القليل والكثير ممنوع ، فإن فى القصاص تشفى الصدر وما دون الدية فى مقابلة تشفى الصدر لايعد نفعا عرفا ، وولاية الأب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه فى حق المعتوه من قبيل مايعدّ نفعا عرفا وعادة . وأما تنويره بما ذكره الكرخى فى مختصره فليس بصحيح جدا ، فإن الذى نقله عن مختصر الكرخى ما إذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب إذ له إسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وإن قل أولى بخلاف ما نحن فيه فإن المصالح هنا ولى صاحب حق القصاص وهو أبوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد فى تصرفه من

ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفى وللأب شفقة كاملة يعدّ ضرر الولد ضرر نفسه فجعل مايحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الأخ (وله) أى لولىّ المعتوه (أن يصالح) لكن على قدر الدية ، فإن نقص يجب كمال الدية لأنه أنظر فى حق المعتوه . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه من الولاية على النفس . وقوله لأنه ليس له ولاية على نفسه) أى نفس المعتوه (وهذا) أى الاستيفاء (من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق) يريد قوله والوصى بمنزلة الأب فى جميع ذلك . وقوله (إن الوصىّ لايملك الصلح) يعنى عن النفس ، وأما

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص) أقول : قال الإتقانى : قال بعض الشارحين فى هذا الموضع : كل من ملك الإنكاح لايملك استيفاء القصاص ، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص . فأقول : هذا ليس بشىء ، لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن ، وكذا يملك الإنكاح إذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه ، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الإنكاح أيضا ، لأن من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة ، وبه صرح الكرخى فى مختصره اهـ . وفيه بحث ، لأن ما ذكره فيما إذا قتل الأخ ، وكلام الشارحين فيما إذا كان الأخ المعتوه والأب حى (قوله لأنه شرع للتشفى) أقول : هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص الخ .

أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفى وهو مختص بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لايملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى . وقالوا القياس ألا لايملك الوصى الاستيفاء فى الطرف كما لايملكه فى النفس لأن المقصو متحد وهو التشفى . وفى الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ماعرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فى المال . والصبى بمنزلة المعتوه فى هذا . والقاضى بمنزلة الأب فى الصحيح . ألا ترى أن من قتل ولا ولىّ له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه. قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبى حنيفة . وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لأن القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء

النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه أصالة وبين التصرف لغيره نيابة . ثم أقول : بقى شىء فى أصل الدليل الذى ذكره المصنف بقوله لأنه أنظر فى حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال إذا كان أنظر فى حق المعتوه من القصاص كان ينبغى أن لايملك الأب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند إمكان المصالحة على المال ، لأن ولاية الأب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه أن يراعى ماهو الأنظر له . ويمكن أن يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لايستدعى وجوب العمل بما هو الأنظر . لأن فى خلافه أيضا حصول أصل النظر . بل إنما يقتضى أولوية العمل بذلك ، ولم ينف أحد أولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه ، على أن كون المصالحة أنظر فى حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع . ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة . فيجوز أن تكون المصالحة أنظر فى حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ، ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه ، فإنهم صرحوا بأن المقصود بالقصاص تشفى الصدر أودفع سبب الهلاك عن نفس ولىّ المقتول كما أشير إليه بقوله تعالى ـ ولكم فى القصاص حياة ـ فحينئذ لايلزم أولوية العمل بالمصالحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحبا النهاية والكفاية فى شرح هذا المحل بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير. أقول : هذا الشرح لايطابق عبارة المشروح لأن لفظ الأولياء فى المشروح صيغة الجمع ، وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصوّر تصوير معنى المشروح بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغيرا والآخر كبيرا ولا يساعده لفظ الأولياء فضلا عن لفظى الصغار والكبار. والظاهر فى التصوير أن يقال بأن كان للمقتول إخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار، وغاية مايمكن فى توجيه كلام ذينك الشارحين أن يقال : ليس مقصودهما

عما دونها فيملكه . وقوله (وأنه)أى المال يجب بعقده أى بعقد الوصىّ . قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) إذا كان أولياء القتيل صغارا وكبارا فإما أن يكون فيهم الأب أولا ، فإن كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمهم الله بالاتفاق وإن لم يكن فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ماذكر. ووجه أبى حنيفة رحمه الله مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو فى الحال وعدمه ، فإنه فى الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لايجوز ، وفى الصغير مأيوس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة ، وإذا انتفى الشبهة وهو حق لايتجزى لثبوته بسبب لايتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كملا كالولاية فى الإنكاح . واعترض بأنه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما ، كما لو تعدد القتيل وعفا أحد الأولياء فإن لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لامحالة . وأجيب بأن الحق واحد ، فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين ، بخلاف ما إذا تعدّد القتيل فإن الحق ثمة متعدد فلا يلزم من

(قوله فإما أن يكون فيهم الأب) أقول : أى أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول : كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة (قوله واعترض بأنه لو كان كذلك) أقول : أى لو ثبت لكل واحد كملا (قوله وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال) أقول : إن أراد كان ثابتا فى حق غير العافى ساقطا فى حقه فاستحالته ممنوعة ، وإن أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط فى حق غير العافى فيجوز أن يسقط فى حق العافى . وثمرته أنه لايقدر بعد

البعض لعدم التجزى ، وفى استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولبين . وله أنه حق لايتجزأ لثبوته بسبب لايتجزأ وهو القرابة ، واحتمال العفو من الصغير منتطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما فى ولاية الإنكاح ، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولبين ممنوعة . قال (ومن ضرب رجلا بمرّ فقتله ، فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه

شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته ، بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الإشارة إلا أنه لا احتياج فى تحقق مادة هذه المسئلة إلى تحقق معنى الجمعية لا فى جانب الصغير ولا فى جانب الكبير بل ولا فى مجموع الجانبين أيضا (قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولبين) قال صاحب النهاية فى شرح قوله أو كان بين المولبين : أى وأحدهما غائب . واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر الحال . أقول : ليس هذا بشرح صحيح عندى ، إذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولبين مستدركا محضا إذ يتناوله حينئذ قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين المولبين . وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين المولبين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير فى الثانى والصواب فى شرح قوله أو كان بين المولبين أن يقال : أى وأحدهما صغير إذ لايلزم حينئذ شىء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المزبورين إشارة إلى مسئلة مستقلة مغايرة للأخرى ويوافقه صريح ما ذكر فى المبسوط فإنه قال فيه فى باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولبين فيما إذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اهـ تبصر (قوله وله أنه حق لايتجزى لثبوته بسبب لايتجزأ وهو القرابة). أقول : فى تمام الاستدلال بعدم تجزى سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزى القصاص نفسه خفاء ، فإن العقل لايجد محذورا فى كون السبب بسيطا والمسبب مركبا ، كيف والظاهر أن القرابة التى لاتتجزى كما أنها سبب لاستحقاق ولى القتيل القصاص فى القتل العمد كذلك هى سبب أيضا لاستحقاقه الدية فى القتل الخطإ ، مع أنه لاشك أن الدية تتجزى لأنها مال والمال منجز بلا ريب . فالأظهر فى بيان كون القصاص حقا لايتجزى ما ذكر فى الكافى ومعراج الدراية أثناء تقرير دليل الإمامين وهو أن القتل غير منجز لأنه تصرف فى الروح وذا لا يقبل التجزى . ثم إن بعض الفضلاء طعن فى قولهم هنا إن سبب القصاص هو القرابة حيث قال : كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اهـ . أقول : نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع أن السبب فى الزوج والزوجة هو الزوجية ، وفى المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة ، إلا أن الظاهر أن قولهم هاهنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتيل فى الأكثر قرائبه ، وإما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للإرث دون حقيقة القرابة فيعم الكل (قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما فى ولاية الإنكاح) قال الشراح : وجه أبى حنيفة مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث

سقوط بعض بسقوط غيره . وقوله (ومسئلة المولبين ممنوعة) جواب عن قوله أو كان بين المولبين ، وسند منعه ماذكر فى الأسرار لارواية فى عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل وله موليان فيجوز أن يقال : لانسلم أن أحدهما لاينفرد بالاستيفاء ، ولئن سلمنا فأحد المولبين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل فى حقه ، لأن بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلا فكانا كشخص واحد ، والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة . وقوله (ومن ضرب رجلا بمرّ الخ) واضح ، وكذا قوله

العفو على القصاص ويثبت فى حق غيره ، ولعل الأظهر أن يقال : لما كان الحق واحدا وسقط فى حق العافى أورث الشبهة فى حق الباقى لما أنه واحد فكان ثابتا من وجه ساقطا من وجه ، وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت ، والشبهة تؤثر فى سقوط القصاص (قوله ولئن سلمنا فأحد المولبين إنما ينفرد بالاستيفاء) أقول : فيكون قوله إنه حق لايتجزى مخصوصا بما إذا لم يكن السبب القرابة كما لايخفى .

بالعود فعليه الدية) قال رضى الله عنه : وهذا إذا أصابه بحدّ الحديد لوجود الجرح فكمل السبب . وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب ، وهو رواية عن أبى حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد . وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان ؛ وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتّى لايهدر الدم ، ثم قيل : هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل ، وفيه خلاف أبى حنيفة على ما نبين ، وقيل هو بمنزلة السوط ، وفيه خلاف الشافعى وهى مسئلة الموالاة . له أن الموالاة فى الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب . ولنا ماروينا « ألا إن قتيل خطإ العمد » ويروى « شبه العمد » الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أولعله اعتراه القصد فى خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية . قال (ومن غرّق صبيا أو بالغا فى البحر فلا قصاص) عند أبى حنيفة . وقال : يقتص منه وهو قول الشافعى ، غير أن عندهما يستوفى حزّا وعنده يغرّق كما بيناه من قبل . لهم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرّق غرّقناه » ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية .

احتمال العفو فى الحال وعدمه ، فإن العفو فى الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لايشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لايجوز . وأما العفو فى الصغير فمأيوس حال استيفاء القصاص لأنه ليس من أهل العفو ، وإنما يتوهم العفو منه بعد بلوغه ، والشبهة فى المآل لاتعتبر لأن ذلك يؤدى إلى سدّ باب القصاص لاحتمال أن يندم ولىّ المقتول على قتله . وقال فى النهاية كذا فى مبسوط شيخ الإسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبى . أقول : لقائل أن يقول : إذا لم يكن للغائب شعور أصلا بكون قريبه مقتولا بأن كان فى مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو فى الحال إذ العفو عن الشىء فرع الشعور به . فحيث لاشعور به لايتصوّر العفو عنه . ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضا فكيف يتم فيها ماذكروا من التفرقة . ثم أقول : يمكن أن يدفع ذلك بأنه يجوز أن يقول ذلك الغائب فى ذلك الموضع فى تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لى على الغير فإنى عفوته وبرئت منه ، فيندرج فى هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه أيضا ، ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال فى صورة أن كان بعض الأولياء غائبا ، وإن كان موهوما يورث شبهة فى الحال فلا يستوفى القصاص بها بالإجماع ، ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه مما لابد منه وقد أهمله الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل ، وفيه خلاف أبى حنيفة) أقول : كان حق التحرير هنا أن يقول : وفيه خلاف أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأن الحكم المذكور فيما سبق فى أصل المسئلة وجوب الدية عند الإصابة بالعود لاوجوب القود عند ذلك ، وخلاف أبى حنيفة فى وجوب القود فى القتل بالمثقل لا فى وجوب الدية فيه فإن وجوبها فيه عين مذهب أبى حنيفة وإنما الخلاف فيه لأبى يوسف ومحمد . وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم يتنبهوا له (قوله لهم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرّق غرّقناه ») قال صاحب النهاية : وقوله لهم : أى للشافعى ولهما لكن للشافعى الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اهـ وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال : وقوله لهم : أى لأبى يوسف ومحمد والشافعى ، لكن استدلال الشافعى بالحديث واستدلالهما بالمعقول اهـ . أقول : لامساعدة فى عبارة المشروح

(ومن غرّق صبيا) و (كما بيناه) إشارة إلى قوله يفعل به كما فعل إن كان فعلا مشروعا . وقوله (لهم) أى لأبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله . لكن استدلال الشافعى بالحديث واستدلالهما بالمعقول .

(قال المصنف : وفيه خلاف أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أقول : فيه أن قضية المساق أن يقول : وفيه خلاف أبى يوسف ومحمد فليتأمل (قال المصنف : وهى مسئلة الموالاة) أقول : فيه بحث ، بل تلك أعم منها ، فإن القتل بالسوط قد يكون بدون الموالاة كما إذا ضرب صغيرا فات منه . وجوابه أن الضمير عائد إلى خلافية الشافعية لا إلى مسئلة القتل بالسوط مطلقا فافهم (قال المصنف : لهم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه ») أقول : دليل الشافعى فلا يرد أن مذهبهما أن لاقود إلا بالسيف .

ولا مراء فى العصمة . وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا » وفيه « وفى كل خطإ أرش » ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة ، ومنه يقال : اقتص أثره ، ومنه المقصة للجلمين ، ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثانى عن تخريب الظاهر ، وكذا لا يتماثلان فى حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر ،

لهذا المعنى ، لأن المصنف أعاد لام التعليل فى المعقول حيث قال : ولأن الآلة قاتلة وذلك يقتضى أن يكون قوله ولأن الآلة قاتلة الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرّق غرّقناه » فلم يبق فى حيز قوله لهم إلا الحديث فلا مجال للتوزيع لأنه إنما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول ، وعبارة الكتاب تقتضى أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول ، وهذا لا يكون إلا بمشاركة مجموعهم فى كل واحد من الدليلين تأمل تقف . وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ماذكره صاحب النهاية : إذ للشافعى الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص وفى الاستيفاء . ولهما الاستدلال بالحديث فى وجوب القصاص ولم يعملا فى الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » اهـ . أقول : وفيه بحث ، لأن وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء إنما يستفادان من لفظ واحد فى الحديث المذكور وهو غرّقناه ، فالعمل بأحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن إشكال فى نفسه لا موجب له ، لأن العمل به فى حق الاستيفاء إنما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا قود إلا بالسيف » أن لو ثبت تأخر قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » عن قوله عليه الصلاة والسلام « من غرّق غرّقناه » أو ثبت كونه أقوى منه وشىء منهما لم يثبت (١) لا يقال : يكفى التعارض بينهما فإنهما إذا تعارضا تساقطا . لأنا نقول : لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » على أن لا يستوفى القصاص إلا بالسيف ، لأن الساقط لا يصلح لأن يتمسك به مع أن أئمتنا تمسكوا به فى ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر . ثم أقول : الأولى عندى فى توجيه المقام أن يقال : الحديث حجة لأبى يوسف ومحمد والشافعى كلهم ، إلا أن الشافعى يبقيه على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقته وأما الإمامان فيحملانه على الكناية عن الإهلاك لكون الإهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه الصلاة والسلام « غرّقناه » أهلكناه ، ويكون التعبير بغرّقناه لمشاكلة قوله « من غرّق » وإنما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » إذ قد تقرر فى علم الأصول أنه إذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما أمكن فى التوفيق والجمع بينهما ، وهاهنا المخلص عندهما يتيسر بحمل التغريق على الإهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا » وفيه « وفى كل خطإ أرش ») أقول : فى دلالة هذا الحديث على مدعى أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى مسئلة التغريق خفاء كما ترى ، ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالته على ذلك ،

وقوله (ولا مراء فى العصمة) أى لا شك فيها . وقوله (ومنه المقصة للجلمين) الجلم الذى يجزبه وهما جلمان .

(قال المصنف : وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ») أقول : والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدل به على مطلوبه تأمل (قوله لكن استدلال الشافعى بالحديث واستدلالهما بالمعقول) أقول : ويجوز لهما الاستدلال بالحديث فى نفى وجوب الدية . وأما القصاص بالتغريق فلم يعملا به لوجود نص أقوى منه « لاقود إلا بالسيف » ولا يلزم منه أن يكون متروكا بالكلية ، ويجوز للشافعى الاستدلال بالمعقول أيضا ، ففى التوزيع بحث كما لا يخفى (قال المصنف : ومنه المقصة للجلمين) أقول : قال الكاكى سميت المقصة مقصة لأن كل واحد من الحديدين يماثل الآخر اهـ . وفى شرح الشاهان لأنه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اهـ ولعل هذا الوجه أولى لاسم المقصة تأمل .

---

(١) فى بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها : ويمكن أن يقال : ثبت كون قوله عليه الصلاة والسلام « لاقود إلا بالسيف » أقوى من قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه » عند أهل الحديث ، وقد أشار إليه المصنف فيما بعد بقوله : وما رواه غير مرفوع تأمل اهـ منه .

وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه . وإذا امتنع القصاص وجبت الدية ، وهى على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين فى الكفارة . قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم مايبطل حكمه فى الظاهر فأضيف إليه قال (وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لأن هذا أحد نوعى الخطإ على مابيناه . والخطأ بنوعيه لايوجب القود ويوجب الكفارة . وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب « ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبى حذيفة قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية » قالوا : إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين ، فإن كان فى صف المشركين لاتجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة والسلام « من كثر سواد قوم فهو منهم » قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجنبي ثلث الدية) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة ، وفعله بنفسه هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة حتى يأثم عليه . وفى النوادر أن عند أبى حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه . وعند أبى يوسف يغسل ولا يصلى عليه . وفى شرح السير الكبير ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه فى كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر ، وفعل الأجنبي معتبر فى الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية ، والله أعلم .

والإنصاف أنه لايدل عليه دلالة إقناعية وإن أمكن التوجيه ببعض من التمحلات ، ولعل هذا هو السر فى أن صاحب الكافى ترك

وقوله (وما رواه غير مرفوع) لأنه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهى عنه ، قال صلى الله عليه وسلم « لاتعذبوا أحدا بعذاب الله » (أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أى أشارت (إليه) أى إلى كونه محمولا على السياسة (إضافته إلى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه . وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء . وقوله (فى الكفارة) خبره : يعنى أن اختلاف الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله إنما كان فى الكفارة ، فإنه روى عنه أن لا كفارة فى شبه العمد ، وروى الطحاوى أن فيه الكفارة عنده ، وأما الدية فإنها واجبة عنده من غير تردد . وقوله (لوجود السبب) يعنى سفك دم محقون على التأبيد عمدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعنى من عفو أو شبهة . وقوله (وإذا التقى الصفان) ظاهر . وقوله (أحد نوعى الخطإ) يريد به الخطأ فى القصد . وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة . وقوله (على مانطق به النص) يريد به قوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ - الآية . وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أى توالت روى « أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبى حذيفة فى بعض الليالى فى غزوة الخندق فقتلوه على ظن أنه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة » وقوله (ومن شج نفسه) واضح . وقوله (وفعله بنفسه هدر فى الدنيا) يعنى فلم يكن معتبرا فى حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافى . وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرض من غير علة فى نفسه . وقوله (ولا يصلى عليه) لأن جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغى . وقوله (فلم يكن هدرا مطلقا) متعلق بقوله هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة والباقى واضح .

(قوله وما رواه غير مرفوع لأنه يلزم ، إلى قوله : أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أقول : فيه بحث ، وجوابه أن تتمة الحديث « ومن حرق حرقناه ، ومن قتل عبدا قتلناه » كذا فى فوائد حميد الدين الضرير ، ثم قوله غير مرفوع منع . وقوله لأنه يلزم الخ سند للمنع . وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر مع السند . وقوله وقد أومت تتميم للسند (قال المصنف : واختلاف الروايتين فى الكفارة) أقول : قوله واختلاف مبتدأ ، وقوله فى الكفارة خبره (قال المصنف : ولا يصلى عليه) أقول : قال الكاكى : وهذا أثر كون فعله معتبرا فى حق نفسه لأنه صار باغيا على نفسه اهـ . فالباغى لايصلى عليه .

(فصل)

قال (ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه) لقوله عليه الصلاة والسلام « من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه » ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه . ولأنه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله . وقوله فعليهم وقول محمد فى الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب . والمعنى وجوب دفع الضرر . وفى سرقة الجامع الصغير : ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق فى غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شىء عليه لما بينا . وهذا لأن السلاح لايلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة ، وإن كانت تلبث ولكن فى الليل لايلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل . وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لايلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا . قالوا : فإن كان عصا لاتلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما . قال (وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية فى ماله) وقال الشافعى : لاشىء عليه ، وعلى هذا الخلاف الصبىّ والدابة . وعن أبى يوسف أنه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبىّ والمجنون . للشافعى أنه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر . ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره . ولأبى يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لايوجب الضمان .

التمسك بهذا الحديث هاهنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلى مع كون عادته أن يقتفى أثر صاحب الهداية فى وضع المسائل وبسط الدلائل .

(فصـــل)

لما فرغ من بيان المسائل التى توجب القصاص ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التى لها عرضية إيجاب القصاص وهى كلها من جنس واحد ، وكلامه واضح . وقوله (أطل دمه) أى أهدر . وقوله (والمعنى) أى ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لأن الواجب هو دفع الشرّ على أىّ وجه كان لاعين القتل . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ماذكره من الحديث والمعقول . وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبىّ والدابة) يعنى إذا صالا على إنسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة . وقوله (فأشبه المكره) يعنى أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه

(فصل ومن شهر)

(قوله ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التى لها عرضية إيجاب القصاص) أقول : وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص إن لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالبينة (قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « من شهر » الحديث) أقول : الحديث يدل على إباحة قتله دون وجوبه ، وكان المدعى ذلك ظاهرا (قوله ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول : أى وجوب دفع الضرر فالمضاف مقدر . (قال المصنف : ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى المصر أو نهارا فى طريق غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شىء عليه) أقول : قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير : فإن شهر عليه عصا نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به اهـ . وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : رجل شهر سلاحا على رجل فى المصر ليلا أو نهارا أو فى غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا لاشىء عليه لأنه قتله لدفع الشر عن نفسه ، ودفع الشر مباح أو واجب . وإن شهر عليه عصا فى المصر نهارا فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث ، وفى المصر يلحقه الغوث بالنهار ، بخلاف السلاح لأنه لايلبث ، وبخلاف المفازة ، أو كان فى المصر ليلا لأنه لايلحقه الغوث ، وإن كان الخشب أو الحجر عظيما لايلبث فهو بمنزلة السلاح فى هذا الحكم (قوله فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة) أقول : الأولى قطع الكلام عند قوله عمدا ، أو يتممه بقوله وعند الشافعى لاشىء عليه كما لايخفى (قوله يعنى أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول : هذا الكلام على هذا التقرير كلام إلزامى من الشافعى وإلا فعنده يجب القصاص على المكره والمكره كما مر .

أما فعلهما معتبر فى الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان . وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة . ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لايصلح مسقطا وكذا فعلهما . وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لايجب القصاص بتحقق الفعل منهما . بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا . وإنما لايجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشرّ فتجب الدية . قال (ومن شهر على غيره سلاحا فى المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه : إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته . قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شىء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك » ولأنه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء . وتأويل المسئلة إذا كان لايتمكن من الاسترداد إلا بالقتل . والله أعلم .

(باب القصاص فيما دون النفس)

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ وهو ينبئ عن المماثلة . فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا . وقد أمكن فى القطع من المفصل فاعتبر . ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لاتختلف بذلك . وكذلك

(باب القصاص فيما دون النفس)

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس شرع فى بيان القصاص فيما دون النفس ، إذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ) أى ذات قصاص ، كذا فى التفاسير والشروح . قال الزيلعى فى شرح الكنز : أى ذو قصاص .

فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله . وقوله (قاتل دون مالك) أى لأجل مالك . وقوله (فكذا استردادا فى الانتهاء) لأنه أسهل من الابتداء ، والله أعلم .

(باب القصاص فيما دون النفس)

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص فى الأطراف وكلامه واضح . قوله (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها) لأن منفعة اليد وهو البطش لايختلف بذلك ، ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت مابين قرنى المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبر رأسه ، فإن الكبر قد اعتبر وخيّر المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة .

(قال المصنف : وإنما لايجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر) أقول : دفع الشر واجب كما مر فينبغى أن يراد بالمبيح ما يعم الموجب (قال المصنف : فتجب الدية) أقول : لأن أثر الاضطرار فى دفع الإثم والقصاص دون الضمان كالمضطر إذا أكل مال الغير (قوله لأنه أسهل من الابتداء) أقول : فيه شىء ، إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام .

(باب القصاص فيما دون النفس)

(قوله بما هو بمنزلة التبع) أقول : إنما قال بمنزلة التبع لأن القصاص فى الأطراف ليس بتابع للقصاص فى النفس عندنا حقيقة على ما يجىء فى هذا الدرس (قال المصنف : لقوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ) أقول : قال الزيلعى : أى ذو قصاص . وقال البرهان النسفى فى تفسيره : القصاص هنا مصدر يراد به المفعول : أى والجروح متقاصة بعضها ببعض (قوله ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه)

الرجل ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة . قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لاقصاص عليه) لامتناع المماثلة فى القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ماقال فى الكتاب : تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها . وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم . قال (وفى السن القصاص) لقوله تعالى ـ والسن بالسن ـ (وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر . قال (وفى كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا . قال (ولا قصاص فى عظم إلا فى السن) وهذا اللفظ مروىّ عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا قصاص فى العظم » والمراد غير السن . ولأن اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان ، بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ، ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان .

أقول : لاوجه لتذكير ذو هنا إلا بتمحل ركيك لاينبغى أن يرتكب بلا ضرورة سيما فى تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان) قال صاحب الكافى وعامة شراح الكتاب فى هذا المقام : ولو قلع السن من أصله لايقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به لثاته ، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن ، وعزاه الشراح إلى المبسوط . أقول : أسلوب تحريرهم هاهنا محل تعجب ، فإن أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر فى الكتاب لا بالرد . ولا بالقبول ، بل ذكروا المسئلة على خلاف ماذكر فى الكتاب ، وكان من دأب الشراح التعرض لما فى الكتاب إما بالقبول وإما بالرد ، فكأنهم لم يروه أصلا . نعم القول الذى نقلته هنا عن المصنف غير مذكور فى بعض النسخ لكنه واقع فى كثير من النسخ ليس بمثابة أن لايطلع عليه أحد من الشراح . كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره فى متنه حيث قال : ولا قود فى عظم إلا السن فتقلع إن قلعت وتبرد إن كسرت ،

لأن المعتبر فى ذلك الشين ، وفى الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة فى القصاص صورة ومعنى ، فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وإن شاء أخذ أرشها . وقوله (على ما قال فى الكتاب) يعنى القدورى ، وهو مأثور عن الصحابة رضى الله عنهم . روى أن هذا حدث فى زمن عثمان رضى الله عنه فسأل عنه الصحابة رضى الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علىّ رضى الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضى الله عنه وكان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم . قوله (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ وفى بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو ينبئ عن المماثلة ، وقوله (ولا قصاص فى عظم إلا فى السن ، وهذا اللفظ مروىّ عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما) فإن كان السن عظما فالاستثناء متصل ولابد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ماكسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما تفسد به لثاته ، كذا فى المبسوط وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله صلى الله عليه وسلم « لا قصاص فى عظم » حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع . وقد اختلف الأطباء فى ذلك ، فمنهم من قال : هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ، ومنهم من

أقول : الضمير فى قوله يأخذه راجع إلى « ما » فى قوله ما بين قرنى المشجوج وضمير رأسه راجع إلى الشاج (قوله لأن المعتبر فى ذلك الشين الخ) أقول : هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقريره لأن المعتبر فى ذلك الشين ، إذ ليس فيه تفويت المنفعة ، إلى آخر ما قال ، ويجىء من المصنف فى هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة ، وبخلاف اليد فإن الشين لايتفاوت فى اليد إذا قطعت (قال المصنف : تحمى له المرآة) أقول : استئناف بيانى الإحماء « كرم كردن » (قوله وهو إشارة إلى قوله وهو ينبىء عن المماثلة) أقول : بل إشارة إلى المجموع كما لايخفى (قال المصنف : ولا قصاص فى عظم إلا فى السن) أقول : اختلف الأطباء فى السن ، هل هو عظم أو طرف عصب يابس ، فمنهم من ينكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ، ومنهم من قال : هو عظم ، وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال :

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ) لأن شبه العمد يعود إلى الآلة ، والقتل هو الذى يختلف باختلافها دون ما دون النفس لأنه لايختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس . ولا بين الحرّ والعبد ، ولا بين العبدين) خلافا للشافعى فى جميع ذلك إلا فى الحرّ يقطع طرف العبد . ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها .

وكأن مأخذ متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه ، وكذا ذكر فى كثير من المتون . ثم إن التحقيق هاهنا هو أنه إذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصا أم يبرد بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم ؟ فيه روايتان كما أفصح عنه فى المحيط البرهانى حيث قال : إن كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ماكسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق ، وإن كانت الجناية بقلع سن ذكر القدورى أنه لايقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم ويسقط الباقى . وإليه مال شمس الأئمة السرخسى . وذكر شيخ الإسلام فى شرحه أنه يقلع سن القالع . وإليه أشار محمد رحمه الله فى الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع ، والنزع والقلع واحد . وفى الزيادات نص على القلع ، إلى هنا لفظ المحيط (قوله وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ) قال صاحب العناية : قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك أنه عمد وهاهنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص انتهى . أقول : يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية فى شرح كلام المصنف هناك بأن قال : يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ ، فإن مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامى المصنف فى المقامين فرق كما لايخفى. ثم أقول : التحقيق أن ماذكره المصنف هاهنا عبارة القدورى وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه ، وإن لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير لمعنى الأخرى ، فإن ماسبق هكذا : وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها ، ومعناه أن مايكون شبه عمد فى النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى

قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن . وقوله (وليس فيما دون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة ، لكنه قد ذكر هناك أنه عمد وهاهنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص ، وذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل عمدا. روى « أن الربيع عمة أنس بن مالك رضى الله عنه كسرت ثنية جارية من الأنصار بلطمة فأمر النبىّ صلى الله عليه وسلم بالقصاص » واللطمة إذا أتت على النفس لاتوجب القود ، وإن لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الأرش. وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر . وقوله (إلا فى الحرّ يقطع طرف العبد) يعنى لايجب القصاص فيه عنده أيضا ، والشافعى رحمه الله أخذ بقول ابن أبى ليلى وسلكا فى الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الأطراف بالنفوس لأنها تابعة للنفوس فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى النفوس فكذلك فى الأطراف لكونها

والمراد منه غير السن (قوله فيحمل الأول على أن المراد به الخ) أقول : فيه بحث ، بل الأول محمول على ما إذا تعمد ، وإنما سقط القصاص فى بعض المواضع لتعذر المماثلة وذلك لايخرج عن العمدية كما إذا قتل الأب ابنه عمدا . والثانى ما يعم التعمد وغيره فتدبر ، إذ الضمير فى قوله إنما هو عمد أو خطأ عائد إلى ما فيما دون النفس من الجناية ، لا إلى شبه عمد كما لايخفى ، فلا يخالف الثانى الأول ، إذ ليس الموضوع فيهما واحدا . ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال : ليس الموضوع فى الموضعين واحدا ، فإنه فى الأول شبه العمد ، وهنا ما يوجد فيما دون النفس من الجناية مطلقا ، فلا مخالفة حتى يحتاج إلى التلفيق وعدم جريان القصاص فى بعض صور التعمد لايخرج الجناية عن العمدية فإنه لمانع كما إذا قتل الأب ابنه عمدا فليتأمل (قوله وإن لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول : بل عمد ، وسقوط القصاص لمانع (قال المصنف : ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ) أقول : قال صاحب الكفاية : فإن قيل : قوله تعالى ـ والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن ـ مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم . قلنا : قد خص الحربى منه والمستأمن والنص العام إذا خص منه شىء يجوز تخصيص الباقى بخبر الواحد فخصصناه بما روينا انتهى . وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل . ثم قوله فخصصناه بما روينا أراد به ما روى عن عمران بن الحصين أنه قال : «قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص » كذا ذكر فى الكفاية . ونحن نقول :

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة ، وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن اعتباره . بخلاف التفاوت فى البطش لأنه لاضابط له فاعتبر أصله ، وبخلاف الأنفس لأن المتلف إزهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص فى الأطراف بين المسلم والكافر) للتساوى بينهما فى الأرش .

السلاح عند أبى حنيفة ، وبما لايقتل به غالبا عند أبى يوسف ومحمد والشافعى فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمانع يمنع عنه ، فإن سقوط القصاص لمانع يقع فى القتل العمد فى النفس ؛ كما إذا قتل الأب ابنه عمدا وكما إذا ورث الابن قصاصا على أبيه ، فلأن يقع فى العمد فى الأطراف أولى . ومعنى قوله هاهنا إنما هو عمد أو خطأ أن الذى كان فيما دون النفس عمد أو خطأ لا أن شبه العمد عمد أو خطأ . فإن ضمير هو فى قوله إنما هو عمد أو خطأ راجع إلى ما كان فيما دون النفس لا إلى شبه عمد ، إذ لامجال لأن يكون شبه العمد خطأ لا فى النفس ولا فى الأطراف ، لأن تعمد الضرب معتبر فى مفهوم شبه العمد ولا يتصوّر ذلك فى الخطأ . فإذا كان معنيا الكلامين فى المقامين مختلفين بالوجه الذى ذكرناه فلا احتياج إلى توجيه ماسبق بأن المراد به إن أمكن القصاص ، بل لاوجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة) قال صاحب الكفاية : فإن قيل : قوله تعالى ـ والعين بالعين والأذن بالأذن ـ مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم . قلنا : قد خص منه الحربى والمستأمن . والنص العام إذا خص منه شىء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روى عن عمران بن حصين أنه قال « قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص» انتهى . أقول : فيه نظر . أما أوّلا فلأنه قد تقرر فى علم الأصول أن النص العام إذا خص منه شىء بكلام مستقل مُوصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا فى الباقى فيجوز تخصيصه بخبر الواحد ، وأما إذا أخرج من النص العام شىء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا فى الباقى بل يكون باقيا على حالته

تابعة لها (ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو) أى التفاوت (معلوم قطعا بتقويم الشرع) فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ، ولاتبلغ قيمة يد العبد إلى ذلك ، فإن بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحرّ يقينا . فإذا كان التفاوت معلوما قطعا أمكن اعتباره (بخلاف التفاوت فى البطش لأنه لاضابط له فاعتبر أصله) فإن قيل : إن استقام فى الحرّ والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوى فى قيمتهما بتقويم المقوّمين . وأجيب بأن التساوى إنما يكون بالحزر والظن ، والمماثلة المشروطة شرعا لاتثبت بذلك كالمماثلة فى الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها . فإن قيل : سلمنا وجود التفاوت فى البدل وأنه لايمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس فإن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لاتقطعون يد المرأة بيد الرجل . فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال ، فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا ، والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الأكمل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتا ماليا ينبغى أن لايعتبر فيما يسلك به مسلك الأموال ، ومن حيث أنه يوجب تفاوتا فى المنفعة تنتفى به المماثلة ينبغى أن يعتبر ، فقلنا : يعتبر من جهة الأكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة فى الأطراف ، ولايعتبر من جهة الأنقص

لايخفى أن هذا لايكفى لتخصيص مواضع النزاع ، فالمآل القياس (قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف) أقول : وأجاب فى الكفاية بأن شرع القصاص فى الأصل يعتمد المساواة ، فإن كان النقصان ثابتا باعتبار الأصل كنقصان طرف الأنثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانتفاء محله ، وإن كان التساوى فى الأصل ثابتا ، والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه إذ رضى به صاحب الحق انتهى . وكلامه وكلام الشيخ أكمل الدين محل كلام فتأمل . ثم اعلم أن فى ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج إلى البيان فنقول : قوله باعتبار الأصل : أى القيمة . وقوله منع شرع القصاص الخ : يعنى كالأموال الربوية إذا قوبلت بجنسها ، والمساواة فى القدر غير معلومة . وقوله وإن كان التساوى فى الأصل ثابتا : أى باعتبار القيمة ، وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض : أى كالشلل والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه) أقول : أى ليس من التفاوت المالى (قوله لئلا يلزم أن يكون باذلا) أقول يعنى لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة فى يده الصحيحة إذ أوجبنا القطع . (قوله للزيادة فى الأطراف)

قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لأنه لايمكن اعتبار المماثلة فيه ، إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه . وكذا البرء نادر فيفضى الثانى إلى الهلاك ظاهرا . قال(وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولاشىء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش كاملا) لأن استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوّز بدون حقه وله أن يعدل إلى العوض كالمثلى إذا انصرم عن أيدى الناس بعد الإتلاف ثم إذا استوفاها ناقصا فقد رضى به فيسقط حقه كما إذا رضى بالردىء مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلما فلا شىء له) عندنا لأن حقه متعين فى القصاص ، وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته . بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو

الأولى . ولا شك أن مخرج الحربى والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد . وقدمنا غير مرة نظير هذا النظر فى محاله . وأما ثانيا فلأن حديث عمران بن حصين إنما يفيد عدم جريان القصاص فى الأطراف بين العبدين ، ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمرأة ولا بين الحرّ والعبد . فبقى الاعتراض بإطلاق الآية المذكورة فى هاتين الصورتين فلم يتم الجواب . والصواب عندى فى الجواب أن يقال إن الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينبئ عن المماثلة . فالمراد بما فى الآية المذكورة مايمكن فيه المماثلة لاغير كما صرح به صاحب الكشاف فى تفسير هاتيك الآية من التنزيل حيث قال : ومعناه مايمكن فيه القصاص وتعرف المساواة . وأشار إليه المصنف فى صدر هذا الباب حيث قال : وهو ينبئ عن المماثلة ، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا . وأشار إليه هاهنا أيضا حيث قال : فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجراة على ظاهر إطلاقها حتى يكون إطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه ، وكيف يتصوّر إجراؤها على ظاهر إطلاقها ، ولا قصاص فى العين إذا قلعها بالإجماع لعدم إمكان المماثلة فى القلع ، وكذا الحال فى قطع اليد أو الرجل من غير المفصل ، وكذا فيما إذا قطع الحرّ طرف العبد ، فظهر أن المدار فى وجوب القصاص إمكان المماثلة وأن معنى النظم الشريف مصروف إلى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الإطلاق . ثم إنه بقى فى هذا المقام إشكال قوىّ ذكر فى عامة الشروح وهو أن يقال : سلمنا وجود التفاوت فى القيمة فى الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء ، لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس ، ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لاتقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضا . والشراح كانوا فى طريق دفعه طرائق قددا ، فقال صاحب العناية : فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال ، فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الأكمل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتا ماليا ينبغى أن لايعتبر فيما يسلك بها مسلك الأموال ومن حيث أنه يوجب تفاوتا فى المنفعة

لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البدل بالأطراف ، والباقى ظاهر (قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد) كلامه واضح . وقوله (لأن حقه متعين فى القصاص) لأنه لو زال الشلل قبل أن يستوفى الأرش لم يكن له إلا القصاص ، وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله أن الواجب أحد الشيئين : إما القصاص ، أو الأرش ، فإذا تعذر أحدهما لفوات محله تعين الآخر . وقوله

أقول : على تقدير رضا القاطع بالقصاص ، وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر ، لأنه كالجبر بإلغاء الجيد فى مقابلة الردىء (قوله لأنه إسقاط) أقول : يعنى من المقطوع يده الصحيحة .(قال المصنف : وإن شاء أخذ الأرش) أقول : هذا هو ظاهر الرواية . وذكر الطحاوى عن على الرازى الكبير أنه قال : لايخير ، فإن القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة فى المحل ولا ينظر إلى الصغر والكبر كما فى اليد الكبيرة والصغيرة ، كذا فى شرح الكاكى . وذكر الزيلعى الفرق فى شرح الكنز فى مسئلة قطع اليد وقال : لم يعتبر هنا الكبر والصغر فى العضو ، واعتبر فى الشجة فى الرأس إذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهى لاتستوعب رأس الشاج ، فأثبت للمشجوج الخيار ، إن شاء أخذ الأرش ، وإن شاء اقتص وأخذ بقدر شجته ، وإنما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر ، لأن الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التى لاتستوعب قرنيه ، بخلاف قطع العضو فإن الشين فيه لايختلف ، وكذا منفعته لاتختلف فلم يكن له إلا القصاص

سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى . قال (ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة مابين قرنيه وهى لاتستوعب مابين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار ، إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أى الجانبين شاء ، وإن شاء أخذ الأرش) لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها ، وفى استيفائه مابين قرنى الشاج زيادة على مافعل ، ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه مايلحق المشجوج فينتقص فيخير كما فى الشلاء والصحيحة ، وفى عكسه يخير أيضا لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى إلى غير

ينتفى به المماثلة ينبغى أن يعتبر ، فقلنا يعتبر من جهة الأكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة فى الأطراف ، ولا يعتبر من جهة الأنقص لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البذل بالأطراف انتهى . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن ماذكره من أن التفاوت المالى يجب أن يعتبر مانعا مطلقا ، وأما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت فى المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الأكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الأنقص تحكم بحت . لأن العلة التى أقامها على أن الثانى لايعتبر من جهة الأنقص وهى أنه إسقاط والإسقاط جائز فى الأطراف دون البذل متمشية بعينها فى الأول أيضا . إذ لاشك أنه كما يجوز للإنسان إسقاط حقه فى المنفعة يجوز له إسقاط حقه المالى أيضا بلا تفاوت بينهما ، فينبغى أن لايعتبر التفاوت المالى أيضا مانعا من جهة الأنقص . وأما ثانيا فلأن كون الشلل مما لايوجب التفاوت المالى ممنوع ، كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعا ، فإن الشرع جعل أرش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل أرش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به فى الديات وأشار إليه صاحب العناية هاهنا أيضا حيث قال فى أثناء تعليل المسئلة التى نحن فيها ، ولأن أرش الأطراف مختلف فصارت كالصحيح والأشل . وقال صاحب النهاية فى دفع الإشكال المذكور : قلنا نعم إذا كان التفاوت بسبب حسى كالشلل وفوات بعض الأصابع فهو كما قلت : يعنى يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس ، فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكمى فإنه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت إذا كان لمعنى حسى فمن له الحق إذا رضى بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا لما بقى وذلك جائز ، ولهذا لايستوفى الأكمل بالأنقص وإن رضى به القاطع ، لأنه لايكون بالرضا باذلا للزيادة ، ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل . فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكمى فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق إسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية . أقول : وفيه أيضا بحث ، إذ الفرق بين التفاوت الحسى وبين التفاوت الحكمى فى استيفاء الأنقص بالأكمل تحكم أيضا ، فإنه إذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الأكمل إن رضى بأن يستوفى فى الأنقص من صاحب الأنقص بمقابلة الأكمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقى بالضرورة ، سواء كان ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكميا . وأما صاحب الأنقص فإن رضى بأن يستوفى منه صاحب الأنقص الأكمل بمقابلة الأنقص يصير باذلا لزيادة حقه بالضرورة أيضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكميا ، والبذل فى الأطراف غير جائز بلا خلاف . وأما إسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز فى جميع الأمور ، فلا مجال للفرق المزبور . فإن قلت : السبب الحكمى لايفيد التفاوت الحقيقى ، وإسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقى فهذا مدار الفرق المذكور . قلت : لانسلم أن إسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسى الحقيقى ، فإن كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجرى فيها الكمال والنقصان ، فلا جرم يكون الرضا بالناقص منها عند استحقاقه الكامل إسقاطا لبعض الحق ، ويكون إيفاء الكامل منها

(ومن شج رجلا) قد قررناه فى الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة إلى إعادته . وقوله (وفى عكسه يخير أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لأنه إن استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان

لوجود المساواة فيه من كل وجه انتهى (قال المصنف : لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول : يعنى لالكونها مفوتة للمنفعة ، إذ ليس فيها تفويت المنفعة كما فى قطع اليد ، ففيه إشارة إلى الفرق بينهما فتأمل .

حقه ، وكذا إذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى تأخذ من جبهته إلى قفاه ولاتبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لايختلف . قال (ولا قصاص فى اللسان ولا فى الذكر) وعن أبى يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة . ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (إلا أن تقطع الحشفة) لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لايعلم مقداره ، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لاينقبض ولا ينبسط وله حدّ يعرف فيمكن اعتبار المساواة ، والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة . بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها .

(فصل)

قال (وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى — فمن عفى له من أخيه شىء — الآية على ما قيل نزلت الآية فى الصلح . وقوله عليه الصلاة والسلام

بدل الناقص بدلا للزيادة . كيف ولو سلم ذلك لزم أن لايتم أصل دليل المسئلة التى نحن بصددها ، فإن مدار ذلك على انعدام التماثل فى الأطراف بتحقق التفاوت الحكمى بينها . وقال صاحب الكفاية فى دفع ذلك الإشكال : قلنا شرع القصاص فى الأصل يعتمد المساواة ، فإن كان النقصان ثابتا باعتبار الأصل كنقصان طرف الأنثى والعبد من طرف الذكر والحرّ منع شرع القصاص لانتفاء محله ،وإن كان التساوى فى الأصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه إذا رضى به صاحب الحق انتهى . ويقرب من هذا رأى تاج الشريعة فى الفرق بين المسئلتين . أقول : وفيه أيضا بحث ، لأنه إن أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الأصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الأشل ، كما يجوز عكسه لأنهما متساويان بحسب أصل الخلقة ، والتفاوت بينها بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لايجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب ، وإن أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل إذا رضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق بإسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة فى شرع القصاص فمع إباء عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا إذا رضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق بإسقاط بعض حقه فى هاتيك الصورة أيضا مع أنه لايجوز عندنا أصلا فتأمل حق التأمل، فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الإشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات .

(فصـــل)

قال فى العناية : لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجناية وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة انتهى . أقول : فيه كلام

أزيد فى الشين من الأول ، وإن اقتصر على مايكون مثل الأوّل فى الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص وأخذ الأرش ، والباقى إلى آخره ظاهر .

(فصـــل)

لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجناية وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة (إذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله تعالى — فمن عفى له من أخيه شىء — الآية على ماقيل إنها نزلت فى الصلح) وهوقول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام ، فإن عفا

(فصـــل وإذا اصطلح القاتل)

« من قتل له قتيل »الحديث ، والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضى . والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره . وإن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد ، والأصل فى أمثاله الحلول نحو المهر والثمن ، بخلاف الدية لأنها ماوجبت بالعقد . قال (وإن كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحرّ ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحرّ والمولى نصفان) لأن عقد الصلح أضيف إليهما (وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية .

أما أوّلا فلأن الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل ، وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لايكفى فى اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى . وأما ثانيا فلأن كون تصوّر الصلح عن الجناية بعد تصوّر الجناية ، وموجبها إنما يقتضى مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره فى فصل على حدة ، فما معنى قوله فى تالى الشرطية المذكورة أتبعه ذلك فى فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفوا فكذلك تعويضا) أقول : لقائل أن يقول : لايلزم من جريان الإسقاط عفوا فى شىء جريانه تعويضا أيضا فيه ؛ ألا يرى أن للشفيع إسقاط حق شفعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ، ولا يصح أن يصالح عن حق شفعته على مال كما مرّ فى كتاب الصلح فليتأمل فى الدفع (قوله وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول : فى عبارة الكتاب هاهنا فتور من وجوه : الأول أن كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها فى الكتاب بمن حيث قال من الدم . والثانى أنه يقال صالح عن كذا على عوض ، وذكر فى الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال : أو صالح من نصيبه على عوض . والثالث أن عبارة النصيب فى قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزى القصاص لأن النصيب هو الحصة ، وقد تقرّر فيما مر أن القصاص غير متجزّ فيثبت كملا لكل واحد من أولياء القتيل . فالأظهر فى وضع هذه المسئلة أن يقال : وإذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين فى القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية ، والتعبير بالنصيب إنما أصاب المحز فى قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لأن الدية متجزئة لكونها من قبيل الأموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الإرث . وأما حق التعبير فى شأن القصاص فأن يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة . ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لأنه لايتجزأ .

إذا استعمل باللام كان معناه البدل : أى فمن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع : أى فمن أعطى وهو ولى القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة . وإنما قال على ماقيل لأن أكثر المفسرين على أنها فى عفو بعض الأولياء ، ويدل عليه قوله شىء فإنه يراد به البعض ، وتقريره فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شىء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث ، وهو مروىّ عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم : فاتباع بالمعروف : أى فليتبع غير العافى بطلب حصته بقدر حقه ، وليؤدّ القاتل إليه حقه وافيا من غير نقص ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن شاءوا قادوا ، وإن شاءوا أخذوا الدية » قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه) يعنى أنه ليس للولى العدول إلى المال إلا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقى ظاهر . وقوله (نص مقدر) بكسر الدال . وقوله (كالخلع وغيره) يعنى كالإعتاق على مال .

(قوله فإنه يراد به البعض) أقول : يوهم تجزى القصاص .

وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة ، وكذا الدية خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين . لهما أن الوراثة خلافة وهى بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت . ولنا « أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابى من عقل زوجها أشيم » ،

قوله (وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين) قال صاحب النهاية : هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعا عندهما . ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار مايدل على أن خلاف مالك فى الزوجين فى الدية خاصة . وأما فى حق القصاص ففيه خلاف ابن أبى ليلى فى الزوجين . ونقل عن الأسرار أن الشافعى يقول : لا حظ للنساء فى استيفاء القصاص ولهن حق العفو . ثم قال : وبهذا يعلم أن ماذكره فى الكتاب من أنه لاحظ للزوجين فى القصاص والدية عند مالك والشافعى مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار . أقول : فيه نظر ، لأن ماذكر فى الكتاب إنما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لوكان معناه أنه لاحق للزوجين فى القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعى ، وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية ، ولا يخلو عن نوع إرشاد إليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا ، إذ لوكان مراده الجمع بين القصاص والدية فى بيان الخلاف أيضا لقال : وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين . وعن هذا قال تاج الشريعة فى شرح قوله خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين : فعندهما لايرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لأن وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى . حيث لم يتعرض للقصاص فى شرح ذلك ، ويوافقه تحرير صاحب الكافى هاهنا حيث قال : والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية . وقال مالك والشافعى : لايرث الزوجان من الدية شيئا انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل مافى النهاية : وهو مؤاخذة ضعيفة لأنه لايلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله ، والمشهور من مذهبهما مانقله انتهى . أقول : بل ماذكره نفسه ضعيف ، لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة مافى الكتاب بالكلية ، بل أراد بيان مخالفته لما فى الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والأسرار فإن صاحبيهما من أساطين الأئمة ، ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعى أن ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعا ، بل المشهور من مذهبهما ماذكر فى تلك الكتب ، فالأوجه التوفيق بين ماذكر فيها وبين ماذكر فى الكتاب بما نبهنا عليه آنفا (قوله ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها أشيم) أقول : فيه شىء ، وهو أن هذا

وقوله (خلافا لمالك والشافعى رحمهما الله فى الزوجين) قال فى النهاية : هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعا عندهما . ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار مايدل على خلاف مالك فى الدية خاصة وأن الشافعى يقول : النساء لاتستوفى القصاص ولهن حق العفو . ثم قال : وبهذا يعلم أن ماذكره فى الكتاب من أنه لاحظ للزوجين فى القصاص والدية عند مالك والشافعى مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار ، وهو مؤاخذة ضعيفة لأنه لايلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله ، والمشهور من مذهبهما ما نقله . وقوله (لهما أن الوراثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ، ولكن يحمل على أن معناه (الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهى فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت . وقلنا : إنه فاسد بالنقل والعقل ، أما الأول فحديث امرأة أشيم الضبابى بكسر الضاد المعجمة كما

(قوله وأن الشافعى يقول: النساء لاتستوفى القصاص الخ) أقول : هذا وجه للشافعى ، وماذكره المصنف فى القصاص وجه آخر ، ذكر ذلك فى كتبهم ، والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور من مذهبهما مال نقله) : بل الصحيح من مذهب الشافعى ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا به صرح فى كتبهم (قوله وقوله لهما أن الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول : ولا المولى المعتق وعصبته ، لكن لهما أن يقولا : القياس عدم التوريث ، والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهى فيه الخ) أقول : قوله وهى راجع إلى الوراثة ، وضمير

ولأنه حق يجرى فيه الإرث . حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة ، والزوجية تبقى بعد الموت حكما فى حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستندا إلى سببه وهو الجرح ، وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه . لأنه لايتجزأ . بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهاهنا واحد لاتحادهما . وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل ، وليس للعافى شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ، ثم يجب مايجب من المال فى ثلاث سنين وقال زفر : يجب فى سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما . لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ .

الدليل لايفيد تمام المدعى هناها ، فإنه إنما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية فى حق الدية ، ولا يدل على ثبوت ذلك فى حق القصاص ، والعمدة هاهنا هو الثانى . وإنما ذكر الآخر استطرادا كما ترى (قوله ولأنه حق يجرى فيه الإرث ، حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول : فيه أيضا شيء ، وهو أن هذا التعليل وإن كان يتمشى فى القصاص أيضا إلا أنه لايتمشى فيه على أصل أبى حنيفة ، وإنما يتمشى فيه على أصل أبى يوسف ومحمد ، فإنه سيجىء فى أول باب الشهادة فى القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية ، وأما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله إنه حق يجرى فيه الإرث مع أن المدعى هاهنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا قاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه . وقول المصنف فى تتمته : حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لايجدى نفعا لأنه إنما يدل على جريان الإرث فيه من غير المقتول ، ولا كلام فيه إذ لاخلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة ، فإن حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه لاوراثة عند أبى حنيفة ، بخلاف المقتول فإن حق القصاص لايثبت له قبل موته عنده ، بل إنما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفى الصدور كما ستطلع على تفصيله فى بابه ، والكلام هاهنا فى وراثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليتأمل . ثم إن صاحب العناية قال فى شرح هذا التعليل : وأما الثانى فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكونا فى حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أوّلا للميت ، ثم يثبت للورثه ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح ، فكانا كسائر الأموال فى ثبوتهما قبل الموت انتهى . أقول : قد زاد هذا

ذكره فى الكتاب ، وأما الثانى فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق ، فيجب أن يكونا فى حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أوّلا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الأموال فى ثبوتهما قبل الموت ؛ ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها وتقضى منه ديونه . وكان علىّ رضى الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة ، وإذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقى واضح . وقوله (لأن الواجب نصف الدية) يعنى بالعفو فيكون فى السنة الأولى الثلث وفى الثانية السدس كما إذا قطع يد إنسان خطأ . وقلنا : الواجب بعض بدل الدم لابدل الجزء ، وكله مؤجل إلى ثلاث سنين ، فكذا بعضه كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين ، فإن كل درهم منها كذلك .

فيه راجع إلى «ما» فى قوله فيما يجب (قال المصنف : لأنه لايتجزأ) أقول : فيه بحث ، لأن قضية عدم التجزى أن يسقط فى حق العافى كلا كثبوته له كلا ، ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقين ، إلا أن يقال : لما كان الحق واحدا أورث سقوطه فى حق البعض شبهة السقوط فى حق الباقين لثبوته من وجه دون وجه فليتأمل ، ويمكن توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين فإن كل درهم منها كذلك)

ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه . والواجب فى اليد كل بدل الطرف وهو فى سنتين فى الشرع ويجب فى ماله لأنه عمد . قال (وإذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضى الله عنه فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ،

الشارح هاهنا نغمة فى الطنبور حيث زاد فسادا على فساد . لأنه مع إتيانه فى تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبى حنيفة وهو قوله لأن وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بأنهما يعنى القصاص والدية موروثان كسائر الأموال بالاتفاق . وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبى حنيفة . بخلاف سائر الأموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد . والله الهادى إلى سبيل الرشاد (قوله وإذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) قال صاحب النهاية : هذا جواب الاستحسان . وفى القياس : لا يلزمهم القصاص لأن المعتبر فى القصاص المساواة لما فى الزيادة من الظلم على المعتدى وفى النقصان من البخس بحق المعتدى عليه . ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شىء يعلم ببداهة العقل . فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد . وأيد هذا القياس قوله تعالى ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ وذلك ينفى مقابلة النفوس بنفس . ولكن تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه . أقول : فيه بحث : لأنه صرّح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ وقال فى بيانه : وذلك ينفى مقابلة النفوس بنفس ، فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة . وذلك لا يجوز بما روى عن عمر رضى الله عنه لأن عمر رضى الله عنه إن كان منفردا فى قضائه وقوله المزبورين فظاهر ، لأن قول صحابى واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه ، وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الإجماع كما صرح به فى العناية وغيرها فكذلك ، إذ قد تقرّر فى علم أصول الفقه أن الإجماع لا يكون

وقوله (والواجب فى اليد) جواب اعتباره وهو واضح . قال (وإذا قتل جماعة واحدا الخ) إذا تعدّد القاتل اقتص من جميعهم ، والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة . لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم . والتمالؤ التعاون ، وصنعاء اليمن : قصبتها . وروى عن علىّ رضى الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد . وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد ، وكانت الصحابة رضى الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل محل الإجماع . ولأن القتل بطريق التغالب غالب فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالبا إلا بالاجتماع ، لأن الواحد يقاوم الواحد ، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الإحياء ، فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدى إلى سدّ باب القصاص. ولقائل أن يقول : ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا فى الشرع ، وإن كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ـ أن النفس بالنفس ـ والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ، ويربو

أقول : فيه شىء جوابه سهل (قال المصنف : وإذا قتل جماعة واحدا اقتص من جماعتهم لقول عمر : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) أقول : فإن قيل : لم لم يستدل بقوله تعالى ـ كتب عليكم القصاص فى القتلى ـ قلنا : لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد تأمل . ثم فى قوله لقول عمر رضى الله عنه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث ، لأنه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقرينة الإضافة إلى نفسه كما سبق فى باب ما يوجب القصاص (قال المصنف : ولأن القتل بطريق التغالب غالب ، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء) أقول : تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب ، وكل فساد غالب يحتاج إلى مزجرة للسفهاء ، فالقتل بطريق التغالب يحتاج إلى مزجرة ، ومزجرة القتل العمد هو القصاص (قوله لا يكون معتبرا فى الشرع) أقول : لأن العقوبات لا تثبت إلا بمثل هذه الأقيسة (قوله و إن كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه) أقول : وهو انتفاء المماثلة والمساواة .

ولأن القتل بطريق التغالب غالب ، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء (وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك ، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين) وقال الشافعي : يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال ، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم ، وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته . له أن الموجود من الواحد قتلات والذى تحقق فى حقه قتل واحد فلا تماثل ، وهو القياس فى الفصل الأول ، إلا أنه عرف بالشرع . ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول . إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص .

ناسخا للكتاب ولا السنة كما لايكون القياس ناسخا لشيء منهما . فالحق فى أسلوب تحرير هذا المقام أن لايتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما فى مقتضى القياس فى هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان هاهنا . وسيجىء منا الكلام فى التوفيق بينهما بعيد هذا القول (قوله ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء) قال صاحب العناية : لقائل أن يقول : ماذكرتم من المعقول إن لم يكن قياسا على مجمع عليه لايكون معتبرا فى الشرع ، وإن كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ـ أن النفس بالنفس ـ والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوّة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء ، وقوله تعالى ـ أن النفس بالنفس ـ لاينافيه لأنهم فى إزهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد انتهى كلامه أقول : فيه نظر ، لأن جعل الأشخاص المتعددة الذوات فى الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور إزهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة فى القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل ، وأيضا ينافى هذا ما سيأتى فى تعليل المسئلة الآتية من أن الأصل عند أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رءوسهم فحصلت المماثلة المعتبرة فى القصاص . والحق عندى هنا أن يقال : إن قوله تعالى ـ أن النفس بالنفس ـ لاينافى ما قالوا فى هذه المسئلة إذ لادلالة فيه على اعتبار الوحدة فى النفس ، بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى ، والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما فى قوله تعالى ـ والعين بالعين والأنف بالأنف ـ ونحوهما وأما أنه هل تتحقق المماثلة المعتبرة فى القصاص عند تعدد النفس فى جانب القاتل أو المقتول فإنما يستفاد ذلك من دليل آخر ؛ ألا يرى أن العين اليمنى لاتقتص بالعين اليسرى وكذا العكس ، مع أن قوله تعالى ـ والعين بالعين ـ لايدل عليه نظرا إلى ظاهر إطلاقه ، بل إنما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص)

على ذلك بقوّة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء . وقوله تعالى ـ أن النفس بالنفس ـ لاينافيه لأنهم فى إزهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد ، وإذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر فى الكتاب (وقال الشافعي رحمه الله : يقتل بالأوّل منهم ويجب المال للباقين) يعنى أن قتلهم على التعاقب ، وإن قتلهم جملة أو جهل الأول قتل بهم وقسم الديات بينهم أو يقرع . وقوله (وهو القياس فى الفصل الأول) وهو ما إذا قتل جماعة واحدا (إلا أنه عرف بالشرع) يريد قضية عمر رضى الله عنه (ولنا أن كل واحد منهم) أى من أولياء القتلى (قاتل قصاصا بوصف الكمال لأنه لايتجزأ أصله الفصل الأول) فإن الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ، ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك ، وإذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان

(قوله وقوله تعالى ـ أن النفس بالنفس ـ لاينافيه لأنهم فى إزهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول : ويجوز أن يقال : لما أضيف إزهاق الروح إلى كل واحد منهم كلا كان المقتول كأنه أشخاص متعددة ، ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ؛ ألا يرى إلى قوله

ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لايتجزأ ،

أقول : فيه إشكال . أما أولا فلأن كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر فى موضعه . وأما ثانيا فلأن شراح الكتاب وغيرهم صرّحوا فى الفصل الأول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان . والقياس لايقتضيه ، لأن المعتبر فى القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة ، لكنا تركنا القياس بإجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد ، فالقول هاهنا بتحقق التماثل فى الفصل الأول أيضا ينافى ذلك ، إذ يلزم حينئذ أن يكون جواب المسئلة هناك جواب القياس والاستحسان معا . فإن قلت : ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة ، بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فى اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة فى القصاص فيحصل الجواب عن وجهى الإشكال معا . قلت : توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممتنع عقلى ، واعتبار الشرع ماهو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له فى شىء ، ولو فرضنا وقوعه لايظهر له فائدة فيما نحن فيه لأنهم صرحوا بأن شرع المماثلة فى القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدى على تقدير الزيادة ، ولئلا يلزم البخس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ، ولا شك أن الظلم والبخس إنما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية . وأما فى مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الأمر عن الظلم أو البخس حقيقة . وهذا غير واقع بل غير جائز فى أحكام الشرع (قوله ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل واحد منهم إذ هو لايتجزأ) أقول : لقائل أن يقول : حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله فى الدليل الأول أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الأول بقوله ولأنه وجد من كل واحد الخ . ثم إن صاحب العناية قال فى شرح هذا الدليل : يعنى أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح ، وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال . والحكم إذا حصل عقيب علل لابد من الإضافة إليها ، فإما أن يضاف إليها توزيعا أو كملا ، والأول باطل لعدم التجزى فتعين الثانى ، ولهذا لوحلف جماعة كل واحد منهم أن لايقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى . أقول : فيه نظر ، لأنه لايلزم من أن لايجوز إضافة القتل إلى تلك العلل توزيعا بناء على أن القتل لايتجزأ تعين أن يضاف إلى كل واحد منهم كملا ، بل يجوز أن يضاف كملا إلى مجموع تلك العلل من حيث هى مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لايتم المطلوب كما لايخفى . ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الأيمان على العرف كما صرحوا به فى محله ، فإذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لإزهاق الروح يقال لكل واحد منهم فى العرف أنه قتل فلانا ، وإن كان القتل فى الحقيقة كملا مضافا إلى مجموعهم من حيث هو مجموع ، فجاز أن يكون بناء حنث كل واحد منهم فى مسئلة الحلف على العرف . وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لاغير . ثم أقول : كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين فى الكتاب إنما يتمشيان فيما إذا حضر أولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة ، وأما فيما إذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر أيضا فى الكتاب فلا تمشية لشىء منهما ، إذ لايتصوّر أن يقال لأحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلا إنه قاتل ، فضلا عن أن يقال نه أنه قاتل بوصف الكمال ، وكذا لايتصوّر أن يقال لأحد منهم إنه وجد منه جرح صالح للإزهاق فينبغى أن يجب للباقين المال

العكس كذلك ، لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون من الجانبين . قوله (ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح الخ) يعنى أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم ، بحيث أنه لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال ، والحكم إذا حصل عقيب علل لابد من الإضافة إليها ، فإما أن يضاف إليها توزيعا أو كملا ، والأول باطل لعدم التجزى فتعين الثانى ،

ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ (قال المصنف : ولأنه وجد من كل واحد جرح صالح للإزهاق) أقول : هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الأول كما لايخفى .

ولأن القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به . قال (ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجانى ، ويتأتى فيه خلاف الشافعى إذ الواجب أحدهما عنده . قال (وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعى : تقطع يداهما ، والمفرض إذا أخذ سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالأنفس ، والأيدى تابعة لها فأخذت حكمها ، أو يجمع بينهما بجامع الزجر . ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد ، لأن الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة ، بخلاف النفس لأن الانزهاق لايتجزأ ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث ، والاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث . قال (وعليهما نصف الدية) لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها (وإن قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعى : فى التعاقب يقطع بالأول . وفى القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثانى كالرهن بعد الرهن ، وفى القران اليد الواحدة لاتفى بالحقين فترجح بالقرعة . ولنا أنهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة ، والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافى فلا يظهر إلا فى حق الاستيفاء

فى هذه الصورة فليتأمل (قوله ولأن القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول : فيه كلام ، وهو أن تحقيق الإحياء حكمة القصاص ، وبمجرد حصول حكمته لايتم أمره ، بل لابد من حصول شرائطه أيضا ، ومن جملتها المماثلة ؛ ألا يرى أنه لايقتل المسلم ولا الذمى بالمستأمن ، وكذا لايقتل أحد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه إلى غير ذلك ، مع أن حصول تحقيق الإحياء متصور فى جميع ذلك ، وإنما لايجب القصاص فى تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقق بعض موانعه . وعند أن قال الشافعى فيما نحن فيه : إن الموجود من الواحد قتلات والذى تحقق فى حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذى هو مبنى القصاص ، كيف يتم أن يقال فى مقابلته قد حصل تحقيق الإحياء بقتله فاكتفى به ، ولعل صاحب

ولهذا إذا حلف جماعة كل منهم أن لايقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا (ولأن القصاص شرع مع المنافى) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الآدمى بنيان الرب ، ملعون من هدم بنيان الرب » (لتحقيق الإحياء وتحقيق الإحياء قد حصل بقتله) أى بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شىء لهم غير ذلك . وقوله (ومن وجب عليه القصاص) ظاهر . قال (وإذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ) تعدد الجانى فى الأطراف ليس كتعدده فى النفس عندنا ، فإذا قطع يدا فلا قصاص أصلا . وقال الشافعى رحمه الله إن وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من آخر وأمرّا حتى التقى السكينان فالحكم كذلك ، لأن كلا منهما لم يقطع إلا بعض اليد فلا يقطع به كل يده ، وإن أخذ سكينا وأمرّاها على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالأنفس ، إما لكونها تابعة لها ، وإما أن يجمع بينهما بجامع الزجر . ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا أو مختلفا ، لأنا نعلم أن ماانقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ، وقاطع بعض اليد لايقطع كل يده قصاصا لانتفاء المماثلة ، وهذا لأن المحل متجزّ فإن قطع بعض وترك بعض متصوّر فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلا كملا ، بخلاف النفس فإن الانزهاق لايتجزأ وقد مر ، والباقى ظاهر . وقوله (وإن قطع واحد يمينى رجلين) قيد بذلك ، لأنه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر قطعت يداه . لايقال : تنتفى المماثلة حينئذ ، لأنه ما فوّت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهو فوّتاه عليه ، لأن المعتبر فى حق كل واحد ما استوفاه ، وليس فى ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه . قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافى) يعنى لأن من عليه القصاص حر جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول ، وتقريره أن القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى إلى شغل المحل الخالى بتجزئته عنه ، وإذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثانى ، بخلاف الرهن لأن الحق فى المحل لكونه

أما المحل فخلوّ عنه فلا يمنع ثبوت الثانى . بخلاف الرهن لأن الحق ثابت فى المحل . فصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما : وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية . لأن للحاضر أن يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب . وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لأنه أوفى به حقا مستحقا . قال (وإذا أقرّ العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر : لايصح إقراره لأنه يلاقى حق المولى بالإبطال فصار كما إذا أقرّ بالمال . ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضرّ به فيقبل . ولأن العبد مبقّى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية حتى لايصح إقرار المولى عليه بالحدّ والقصاص . وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول والدية للثانى على عاقلته) لأن الأول عمد والثانى أحد نوعى الخطأ . كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر .

الكافى فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتفى أثر صاحب الهداية (قوله لأن الأول عمد والثانى أحد نوعى الخطإ) قال صاحب الغاية : وهو خطأ فى القصد . أقول : هذا خبط ظاهر . إذ قد مرّ فى الكتاب أن الخطأ على نوعين : خطأ فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمى أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم : وخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا . ولاشك أن ما نحن فيه من قبيل الثانى دون الأول . ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا (قوله والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر) قال صاحب العناية : قيل فإن الرمى إذا أصاب حيوانا ومزّق جلده سمى جرحا ، وإن

مملوكا . وقوله (ولتردد حق الآخر) يعنى أن حق الحاضر ثابت فى اليد ومزاحمة الآخر له فى الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لايحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين إذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له كذلك. وقوله (لأنه أوفى به حقا مستحقا) يعنى أنه إذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالأرش . وقوله (وإذا أقرّ العبد بقتل العمد لزمه القود) وإنما قيد بالعمد لأنه او أقرّ بالخطإ لايجوز سواء كان مأذونا أو محجورا . أما المحجور فظاهر . وأما المأذون فلأنه ليس من التجارة . وقوله (حتى لايصح إقرار المولى عليه بالحدّ والقصاص) توضيح لبقائه على الحرية . وكل مالايصح إقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحرّ . ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع ، وإذا أقر بسبب يوجب الحدّ يؤخذ به . وقوله (والفعل يتعدّد بتعدد الأثر) قيل : فإن الرمى إذا أصاب حيوانا ومزّق جلده سمى جرحا ، وإن قتله سمى قتلا ، وإن أصاب الكوز وكسره سمى كسرا ، فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة إلى محل عمدا وبالنسبة إلى آخر خطأ ، وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة إلى المحال ولا نزاع فيه ، وإنما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين ، والأولى أن يقال : معناه أن الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة إلى أمرين ، كالحركة مثلا فإنه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة إلى حركة وبالبطء بالنسبة إلى أخرى ، فكذا هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا إلى قصده بالنسبة إلى الشخص الأول وبالخطإ نظرا إلى عدمه بالنسبة إلى الثانى . ولقائل أن يقول : الخطأ يستلزم إباحة لكونه سببا للكفارة ، وهو لايكون إلا أمرا دائرا بين الحظر والإباحة ولم يوجد . والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية فى إنسان مخالف لظن الجانى ، كمن رمى إلى شيء يظنه صيدا فإذا هو إنسان ، أو لقصده مطلقا كمن رمى إلى هدف فأصاب إنسانا ، وكالذى نحن فيه ، والرمى بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمى لا إلى معين وذلك مباح لا محالة ، وإنما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب

(قوله كالحركة مثلا ، فإنه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول : السرعة والبطء من الأعراض النسبية ، ولا كذلك العمد والخطأ (قوله وهو لايكون إلا أمرا دائرا الخ) أقول: قوله هو راجع إلى قوله سببا (قوله أو لقصده مطلقا ، إلى قوله : والرمى بالنسبة إلى المخالف لهما) أقول: قوله أو لقصده معطوف على قوله لظن الجانى ، وقوله لهما ناظر إلى الظن والقصد فى قوله لظن الجانى ، وفى قوله أو لقصده مطلقا .

(فصل)

قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ

قتله سمى قتلا . وإن أصاب الكوز وكسره سمى كسرا فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة إلى محل عمدا وبالنسبة إلى آخر خطأ ، وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة إلى المحال ولا نزاع فيه ، وإنما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى . أقول : نظره ساقط . إذ الظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة إليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الأسامى المختلفة ؛ ألا يرى أن الرمى من حيث أصاب الكوز لايسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا ، وكذا من حيث أنه أصاب حيوانا ومزّق جلده أو قتله لايسمى كسرا بل يسمى جرحا أو قتلا . وإذا تقرّر أن اختلاف تلك الأسامى باختلاف الأوصاف المنضمة إلى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الأسامى أيضا فكان مناسبا لما نحن فيه مفيدا له . ثم إن قوله وإنما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين إن أراد به أن الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين فى الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لانسلم إمكان ذلك ، وإن أراد به أن الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة إليه فهو مسلم . لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الأسامى تعددا ناشئا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ، ومراد ذلك القائل كما عرفت آنفا . ثم قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : الخطأ يستلزم إباحة لكونه سببا للكفارة ، وهو لايكون إلا أمرا دائرا بين الحظر والإباحة ولم يوجد هنا . والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية فى إنسان مخالف لظن الجانى كمن رمى إلى شىء يظنه صيدا فإذا هو إنسان ، أو لقصده مطلقا كمن رمى إلى هدف فأصابه إنسانا وكالذى نحن فيه ، والرمى بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمى لا إلى معين وذلك مباح لامحالة انتهى . أقول : فى تحرير جوابه نوع خلل، فإن تمثيل قوله أو لقصده مطلقا بقوله كمن رمى إلى هدف فأصاب إنسانا ، وكالذى نحن فيه يشعر بأن تكون الإصابة لإنسان عند الرمى إلى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطإ فى القصد ، وليس كذلك قطعا إذ كل منهما من قبيل الخطإ فى الفعل كما بينا من قبل .

(فصل فى حكم الفعلين)

لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم الفعلين لأن الاثنين بعد الواحد ، كذا فى الشروح (قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده الخ) أقول : لقائل أن يقول : إذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمدا

عنقه ومات فإنه عمد لأنه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه ، فإن قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية ، بخلاف ما إذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فحزّها أو رمى إلى شخص فأصاب غيره فمات فإن ذلك خطأ ، لأن قطع يد رجل أو قتله لايكون قتلا لغيره فكان مخالفا من كل وجه .

(فصـــل)

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد فى فصل على حدة رعاية للتناسب (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا) القطع والقتل إذا حصلا فى شخص واحد كانا على وجوه : أن يكون خطأين أو عمدين ، أو يكون القتل خطأ والقطع عمدا أو بالعكس ، فذلك بالقسمة العقلية أربعة . ثم إن كل واحد منهما إما أن يكون قبل البرء أو بعده فذلك ثمانية أوجه ، وكل ذلك إما أن يتحقق

(فصل ومن قطع)

(قوله ثم إن كل واحد منهما) أقول : أى من الفعلين .

فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا) والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميما للأول ، لأن القتل فى الأعم يقع بضربات متعاقبة ، وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج ، إلا أن لايمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه ؛ وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول فى الأولين لاختلاف حكم الفعلين ، وفى الآخرين لتخالل البرء وهو قاطع للسراية ، حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة (وإن كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده ، فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : يقتل ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخالل البرء فيجمع بينهما . وله أن الجمع متعذر ، إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ؛ أو لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع ، حتى لو صدر من شخصين يجب

والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما سينكشف فى الأصل الآتى ذكره ، فيكون قوله قبل أن تبرأ يده فى وضع هذه المسئلة مستدركا لتمام جوابها ، وهو أن يؤخذ بالأمرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد ؛ بل يوهم ذكره أن لايكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به ، وعن هذا قال فى وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد . ثم أقول : يمكن أن يقال : فائدة ذكر ذلك القيد فى المسئلة الأولى التنبيه من أول الأمر على أن تخلل البرء ليس بمؤثر فيما إذا اختلف الفعلان فإنه إذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما إذا لم يتخلل البرء ففيما إذا تخلل ذلك أولى ؛ وبهذا يندفع إيهام أن لايكون الجواب فيما إذا تخلل البرء كالجواب فيما إذا لم يتخلل : فإن تخصيص الشيء بالذكر إنما يدل فى الروايات على نفى الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له . وأما إذا كان أولى بذلك فيدل على اشتراك ماعداه معه فى الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل . ثم إنه لما حصل التنبيه على ذلك فى المسئلة الأولى حصل الاستغناء عنه فى المسئلة الثانية لاشتراكهما فى اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها . ثم لما جاء إلى المسئلة الثالثة والرابعة

من شخص واحد أو شخصين فذلك ستة عشر وجها ، فإن كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقا ، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لاغير ، وإن كانا من شخص واحد فإيجاب موجب الفعلين أو إهدار أحدهما مبنى على أصل ذكره المصنف رحمه الله بقوله (والأصل فيه أن الجمع) يعنى الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تتميما للأول ، لأن القتل فى الأعم : يعنى فى غالب الأوقات يقع بضربات متعاقبة ، وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثانى متمما للأول ويجعل الكل واحدا ، إلا أن لايمكن الجمع إما باختلاف الفعلين وصفا أو موجبا أو بتخلل البرء ، فحينئذ يعطى كل واحد حكم نفسه ، فإن تخلل البرء فلا جمع أصلا لأن الفعل الأول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء ، فلا بد من اعتبار كل واحد منهما ، وإن لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما فى الصورتين الأوليين ، وإن تجانسا خطأ جمع بالإجماع لإمكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى بدية واحدة ، وإن تجانسا عمدا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الولى بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقالا يقتل ولا يقطع . وقوله (فإن شاء الإمام قال اقطعوه)

(قوله لأن التداخل إنما يكون الخ) أقول : فيه بحث لكن جوابه ظاهر ، فإن المراد بالمحل هو مصطلح المتكلمين وهو القاتل هنا فإنه الذى يقوم به القتل (قوله وصفا أو موجبا) أقول : كما فى الخلافية ، فإن موجب القطع العمد القطع ، والقتل العمد القتل لأن القصاص ينبئ عن المماثلة بخلاف الدية ، وهذا عند أبى حنيفة (قال المصنف : فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه) أقول : قال الكاكى : وقيل معنى ماقال فى المتن أن هذا من الإمام اجتهاد فى محله ، فعليه أن يتبعه فيما يقطع الإمام خياره عليه انتهى (قوله فى محله [1]) أى محل

---

(١) ليست بنسخ الشرح التى بأيدينا ، مصححه .

القود على الحاز فصار كتخلل البرء . بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد . وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ، ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء فى حالة واحدة ولا يجتمعان . أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان . قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لأنه لما برأ منها لاتبقى معتبرة فى حق الأرش وإن بقيت معتبرة فى حق التعزير فبقى الاعتبار للعشرة ، وكذلك كل

قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد فى الأخذ بالأمرين جميعا من تخلل البرء فى البين (قوله فصار كتخلل البرء) قال بعض الفضلاء : منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ . أقول : كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال : وبخلاف ما إذا كانا خطأين ، وعلله بتعليلين بإزاء تعليلى أبى حنيفة ما إذا كانا عمدين ، وتعليله الثانى وهو قوله ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما إذا كانا خطأين تأمل تفهم . وقال صاحب معراج الدراية : فإن قيل : لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغى أن لا يكون للإمام خيار كما لو تخلل البرء . قلنا : المسئلة مجتهد فيها ، فالقاضى يقضى على ماوافق رأيه انتهى . أقول : فى الجواب نظر ، فإن قول المصنف بعد بيان خيار الإمام وهذا عند أبى حنيفة يأبى هذا الجواب جدا فإن قضاء القاضى فى المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبى حنيفة فقط بل صاحباه أيضا يقولان به كما لايخفى على العارف بمسائل الفقه . ثم إن هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للإمام عند أبى حنيفة ، وأما إذا كان الخيار للولى عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسى ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه : فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمشية رأسا للسؤال على الوجه المذكور . نعم يرد أن يقال : فما معنى قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة بأن للولى الخيار مع الجزم فى المسائل السابقة بأن يؤخذ بالأمرين جميعا ،

قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبى حنيفة رحمه الله ، وليس كذلك بل الخيار للولى ، فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار . قالا : الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ، وقال : بل الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع إذ ذاك عن الجزاء ، وإما لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز ، وإذا انقطع إضافة السراية إليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق ، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد ، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة . وقوله (ولأن أرش اليد) دليل آخر على جواز الجمع إذا كانا خطأين . وتقريره : أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل : يعنى القطع بانقطاع توهم السراية ، وذلك إنما يكون بالحز القاطع للسراية ، فأرش اليد إنما يجب بالحز القاطع للسراية ، وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء فى حالة واحدة وهى حالة الحز ، وفى ذلك تكرار دية اليد لأن ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان . فإن قيل : قصاص اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء فى حالة واحدة فلا يجتمعان . قلنا : بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة ، وهى إنما تتحقق باجتماعهما : وهذا فى غاية التحقيق لأن العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد ، وفى مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه ، وأما الخطأ فمبناه على التخفيف ؛ ألا ترى أن الدية لاتتعدد بتعدد القاتلين ، فاعتبار التغليظ فيه لايكون مناسبا . قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ الخ) ومن ضرب رجلا تسعين سوطا فى مكان وعشرة فى مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر فى الكتاب . وقوله (وكذا كل

الاجتهاد ؛ ألا يرى إلى خلاف الإمامين (قال المصنف : فصار كتخلل البرء) أقول : منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ (قوله فإن قيل ، إلى قوله : فيجتمع قصاص الكل والجزء فى حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول : معارض بما إذا قتل واحد جماعة عمدا حيث يجب قتل واحد ، وإن قتلهم خطأ تجب ديات .

جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة . وعن أبي يوسف فى مثله حكومة عدل . وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب (وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقى له أثر تجب حكومة العدل) لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر فى النفس . قال (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية فى ماله . وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس . ثم إن كان خطأ فهو من الثلث . وإن كان عمدا فهو من جميع المال) وهذا عند أبى حنيفة . وقالا : إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا . وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات . لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه . وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى . فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان . ولأن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن قطع عفوا عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة . كذا هذا . وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل . وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه . وكان ينبغى أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد . إلا أن

وعلة تعذر الجمع متحققة فى الكل عنده بلا تفاوت كما تبين فى الكتاب (قوله ولأن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فكان العفو عنه عفوا عن نوعيه) أقول : أسلوب التحرير يقتضى أن يكون ما سبق دليلا تاما لهما وهذا أيضا دليلا آخر مستقلا لهما . لكن لايخفى على الفطن أن ماسبق لايتم دليلا لهما بدون انضمام هذا إليه . لأنه إذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر لايتقرر كون القتل أحد موجبى القطع . فإنه إذا لم يتناول اسم القطع السارى أيضا لايتصور كون القتل أحد موجبى القطع ، إذ لايحتمل أن يكون القطع المقتصر موجبا للقتل أيضا تدبر (قوله وكان ينبغى أن يجب القصاص وهو القياس) قلت : وكان ينبغى أن يقول : وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغى أن يجب القصاص . لأن الذى ينبغى هو موجب الاستحسان

جراحة اندملت) يعنى مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فإنها لاتبقى معتبرة لا فى حق الأرش ولا فى حق حكومة عدل . وإنما تبقى فى حق التعزير على أصل أبى حنيفة رحمه الله . وعن أبى يوسف رحمه الله فى مثله حكومة عدل ، وسيأتى تفسيرها فى آخر فصل الشجاج . وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجر الطبيب (وإن ضربه مائة سوط وجرحته وبقى له أثر يجب له حكومة عدل) دون الأرش لأن حكومة عدل إنما تكون لبقاء الأثر وهو موجود . والأرش إنما يجب باعتبار الأثر فى النفس بأن لم يبرأ وليس بموجود . وهذا يشير إلى أنه إن لم يجرح فى الابتداء لايجب شىء بالاتفاق . وإن جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبى حنيفة رحمه الله لأنه لم يكن إلا مجرد الألم وهو لايوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما . ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف . ودليلها يأتى قبيل فصل الجنين (قوله ومن قطع يد رجل الخ) اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما . فإذا وقع شىء من ذلك وعفا المجنى عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجانى الدية فى ماله عنده . وقالا : لا شىء عليه لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه . لأن الفعل عرض لايبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه إما القطع أو القتل إذا اقتصر أو سرى فكان العفو عفوا عنهما . ولأن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فإن الإذن بالقطع إذن به وبما حدث منه . حتى إذا قال شخص آخر اقطع يدى فقطعه ثم سرى إلى النفس لم يضمن والعفو إذن انتهاء فيعتبر بالإذن ابتداء . فصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول السارية والمقتصرة . فكذا هذا.

(قال المصنف : والأرش إنما يجب باعتبار الأثر فى النفس) أقول : قال فى المضمرات : كأن قائلا يقول : لما وجب أرش النفس ينبغى أن لاتجب حكومة العدل . فأجاب عنه بقوله والأرش الخ انتهى . وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدور الفعلين من القاتل . وعلى ما ذكره الأكمل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطراديا . قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير : قال الفقيه أبو الليث : ما قال فى الكتاب

فى الاستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهى دارئة للقود . ولا نسلم أن السارى نوع من القطع ، وأن السراية صفة له ، بل السارى قتل من الابتداء ، وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو ، بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس ، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح فى العفو عن السراية والقتل ، ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا ،

دون موجب القياس ، إلا أن موجب القياس هو الظاهر فى بادئ الرأى (قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا) قال جمهور الشراح فى بيان هذه الوجوه : وهى الأربعة التى هى العفو عن القطع مطلقا ، والعفو عن القطع وما يحدث منه ، والعفو عن الشجة ، والعفو عن الجناية انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن معنى كلام المصنف هاهنا أن محمدا رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد فى هذه الوجوه المذكورة فى المسئلة المارة التى هى من مسائل الجامع الصغير ، والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا فى كلام محمد فى الجامع الصغير قط ، وإنما ذكره فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير حيث قال : وكذلك الاختلاف فى الضرب والشجة والجراحة فى اليد وما أشبه ذلك ، وكذا ذكره المصنف فى الهداية دون البداية حيث قال : وعلى هذا الاختلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات ، والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد فى المسئلة المارة التى هى مسئلة الجامع الصغير فكيف يتصوّر درج العفو عن الشجة فى مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه فى قوله فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضا ، فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هى الوجوه الثلاثة ، وهى العفو عن القطع مطلقا ، والعفو عن القطع وما يحدث منه ، والعفو عن الجناية ،

ولأبى حنيفة رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقوّمة قد تحقق ، والمانع منتف لأن العفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل لامحالة ، وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ؛ ألاترى أن الولى لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ، ولو قال المجنى عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا ، فكذا إذا عفا عن اليد ثم سرى ، وإذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان . والقياس يقتضى القصاص لأنه هو الموجب للعمد ، إلا أنا تركناه لأن صورة العفو أورثت شبهة وهى دارئة للقود فتجب الدية . وقوله (ولا نسلم أن السارى نوع من القطع) جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه ، وفيه نظر ، فإنه منع كون السراية صفة له ، ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك . والجواب أن المراد صفة منوعة وهى ليست كذلك ، بل هى مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر . وقوله (بل السارى قتل من الابتداء) إضراب عن قوله نوع من القطع ، وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلا . وقوله (وكذا لاموجب له من حيث كونه قطعا) جواب عن قوله أو القتل إذا سرى ، يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا ، لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا ، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع مضافا إلى غير محله فلا يصح ، وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل ، وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو . وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر . وقوله (فى هذه الوجوه) وهى العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية (وفاقا) وهو فى موضعين : أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ ، والثانى العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضا (وخلافا) وهو أيضا فى موضعين : أحدهما أن العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ ، وعند أبى حنيفة رحمه الله يكون عفوا عن أرش اليد لاغير . والثانى أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا

إنه يجب فيه دية واحدة فيما إذا برأ ولم يبق له أثر ، أما إذا بقى له أثر ينبغى أن يجب أرش الضرب ، وهو حكومة عدل بالأسواط ودية واحد بالقتل انتهى (قال المصنف : وأن السراية صفة له) أقول : أى صفة منوعة ، فلا يرد عليه شىء (قوله إنما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول : الأظهر أن يقول : وهو القصاص .

آذن بذلك إطلاقه ، إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث . وإن كان عمدا فهو من جميع المال . لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه .

لأن هذه الثلاثة هي المذكورة فى مسئلة الجامع الصغير ، وأما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم ماذكر فى مسئلة الجامع الصغير أخذا مما ذكر فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير (قوله آذن بذلك إطلاقه) أى أعلم بذلك إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطإ فكان متناولا لهما . كذا فى عامة الشروح . قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك : هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لأن محمدا قيده بالعمد فى أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته . وكذلك قيد الفقيه أبو الليث وفخر الإسلام والصدر الشهيد وغيرهم فى شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الإطلاق اهـ . وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فسألوا هاهنا وأجابوا حيث قالوا : فإن قيل : لانسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية فى ماله فإنه يبين أن مراده العمد ، لأن الدية فى الخطإ على العاقلة : قلنا : وضع المسئلة مطلق بلا شك إذ القيد غير ملفوظ ، لكن الجواب إنما هو لأحد نوعى القطع فتقديره فعلى القاطع الدية فى ماله إن كان القطع عمدا . انتهى كلامهم . أقول : لايذهب عليك أن جوابهم هذا لايسمن ولا يغنى من جوع ، إذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان إجراء محمد القطع خطأ مجرى العمد فى أحكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ، ولا ريب أن حكم المسئلة إنما يؤخذ من جوابها . وإذا كان الجواب فى لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد إطلاق وضع المسئلة باشتراك نوعى القطع فى الحكم ، إذ لو آذن ذلك باشتراكهما فى الحكم لآذن باشتراكهما فى الحكم المستفاد من الجواب ، وقوله فيما له مانع عن ذلك لامحالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك إطلاقه فتأمل (قوله لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال فى العناية : فيه بحث ، وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة . ثم قال : والجواب عنه أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ، ولا تنافى بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة ، وحكم الخلف لايثبت مع وجود الأصل ، والقياس فى المال أيضا ألايثبت فيه تعلق حقهم إلابعد موت المورث ، لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه الصلاة والسلام « لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال ، فلو لم يتعلق به لتصرفه فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس ، والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى . أقول : فى تقرير البحث المذكور خلل فاحش ، وفى تحرير الجواب المزبور التزام ذلك . أما الأول فلأنه سيجىء فى أول باب الشهادة فى القتل أن القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لابطريق الوراثة من المقتول عند أبى حنيفة رحمه الله ، وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ، ثم ينتقل بموته إلى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية : فقوله رحمه

سرت عندهما ، وعنده عن أرش الشجة لاغير (آذن) أى أعلم (بذلك إطلاقه) أى إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ، ومنع الإطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية فى ماله يدل على أنه فى العمد لأن الدية فى الخطإ على العاقلة . وأجيب بأن الوضع مطلق لامحالة ، والجواب إنما هو لأحد نوعيه ، وتقريره فعلى القاتل الدية فى ماله إن كان القطع عمدا . وقوله (كما لو أوصى بإعارة أرضه) يعنى إذا تبرع بمنافع أرضه فى مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لأن المنافع ليست بأموال ، وفيه بحث من أوجه : الأول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة . الثانى أن الوصية بإعارة أرضه باطلة وإن صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له يوما والورثة يومين إن لم يقبل القسمة ، وإن قبلها يفرز الثلث للموصى له . والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظيرا لما ليس بمال ؟ والجواب عن الأول أن المصنف رحمه الله نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ، ولا تنافى بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة ، وحكم الخلف لايثبت مع وجود الأصل . والقياس فى المال أيضا أن لايثبت فيه تعلق

أما الخطأ فموجبه المـال . وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث . قال (وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوّجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها . وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ . وإن كان عمدا فى مالها) وهذا عند أبى حنيفة . لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوّج على اليد لايكون تزوّجا على مايحدث منه . ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا تزوّجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا .

الله إن القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح ؛ وقد مرّ نظير هذا من صاحب العناية فى الفصل السابق وبينت بطلانه هناك أيضا فتذكر . وأما الثانى فلأنه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند إمامنا الأعظم رحمه الله . بل سيق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ؛ ألا يرى إلى قوله فى خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث (قوله أما الخطأ فموجبه المـال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال جمهور الشراح : فإن قيل : القاتل واحد من العاقلة فكيف جوّز الوصية بجميع الثلث هاهنا حتى صح فى نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لاتصح للقاتل ؟ قلنا : إنما جوّز ذلك لأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية . وإنما عفا عنه المـال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل ؛ ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز انتهى كلامهم . وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بأن قال فيه بحث ، لأن الهبة فى المرض فى حكم الوصية على ماسيجىء فى كتاب الوصية انتهى . أقول : إن أراد أن الهبة فى المرض فى حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع ؛ ألا ترى أن الهبة عقد منجز والوصية فى المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به . وإن أراد أنها فى حكم الوصية فى بعض الوجوه ككونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم ، لكن لايلزم منه أن لاتصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدى قدحا فيما ذكره الشراح فى تنوير جوابهم (قوله ثم القطع إن كان عمدا يكون هذا تزوّجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح : فإن قيل ؛ القصاص لايجرى بين

حقهم إلا بعد موت المورث ، لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم « لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المـال ، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس ، والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث . لأن الإرث خلافة ذى نسب الميت الحقيقى . أو الحكمى أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما فى ماله أوحق قابل لها بعد موته ، وقد فسرناه فى شرح الرسالة فى الفرائض وهو كما ترى لاينحصر فى المـال ، بل إذا كان حقا قابلا للخلافة يصح أن يكون موروثا ، ولا شك فى قبوله القصاص لذلك كما تقدم . وعن الثانى بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرّع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه . وعن الثالث بأن المنافع أموال إذا كانت فى عقد فيه معاوضة . وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه إشكال ، وهو أنه إذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لايصح فى حصته . وأجيب بأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية ، وإنما عفا عنه المـال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه ؛ ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز . قال (وإذا قطعت المرأة يد رجل الخ) إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوّجها على يده فإما أن يقتصر أو يسرى ، فإن كان الأول صحت التسمية ويصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالإجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ وتزوّجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه ، لأنه لمـا برأ تبين أن موجبها الأرش دونّ القصاص لأنه لايجرى فى الأطراف بين الرجل والمرأة والأرش يصلح صداقا . وإن كان الثانى وإليه أشار بقوله ثم مات فإما أن يكون القطع خطأ أوعمدا ، فإن كان الأول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة ، وإن كان الثانى فلها ذلك والدية فى مالها عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده

(قوله ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز) أقول : وفيه بحث ، لأن الهبة فى المرض فى حكم الوصية على ما سيجىء فى كتاب الوصية (قوله لأنه لايجرى فى الأطراف بين الرجل والمرأة) أقول : مخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر : يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف تأمل . (قوله وإن كان الثانى فلها ذلك) أقول يعنى فلها مهر المثل .

لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل ، وعليها الدية فى مالها لأن التزوّج وإن كان يتضمن العفو على مانبين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص فى الطرف فى هذه الصورة ،

الرجل والمرأة فى الأطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص . قلنا : الموجب الأصلى فى العمد القصاص قضية لإطلاق قوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ إلاأنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفى الرجل والمرأة انتهى . أقول فى الجواب نظر ، لأن إطلاق قوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ لمثل ما نحن فيه ممنوع ، فإن القصاص ينبئ عن المماثلة ، وما لايمكن فيه المماثلة لايتصوّر فيه القصاص ، وعن هذا إذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لايجب القصاص لعدم إمكان اعتبار المماثلة ، وقد حقق المصنف هذا المعنى فى أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى ـ والجروح قصاص ـ على وجوب القصص فى قطع يد غيره عمدا من المفصل ، وقد تقرر فيما مر أنه لامماثلة بين الرجل والمرأة فى الأطراف فلا يندرج فى قوله تعالى ـ والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور بما إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوّجها على يده فاقتصر القطع فإنه تصح التسمية فيه ، ويصير أرش اليد وهوخمسة آلاف درهم مهرا لها بالإجماع ، صرح به الشراح قاطبة فى أول هذه المسئلة ، وعزاه جماعة منهم إلى الإمام قاضيخان والإمام المحبوبى ، وقالوا : أشار إليه المصنف بقوله ثم مات ، ولو كان الموجب الأصلى هوالقصاص فى العمد الواقع بين أطراف الرجل والمرأة أيضا لزم أن يكون التزوّج فى صورة الاقتصار أيضا تزوجا على القصاص ، فلزم أن لايتم ماصرحوا به من صحة التسمية ولزوم الأرش مهرا لها بالإجماع فى تلك الصورة كما لايخفى . وقال صاحب العناية وتاج الشريعة : فإن قيل : الواجب فى الأطراف بين الرجل والمرأة هو الأرش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر ؟ قلنا : أرش اليد ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى . أقول : فى جواب هذا السؤال أيضا نظر ، فإنه ينتقض أيضا قطعا بالتزوّج على يده فى صورة الاقتصار ، فإن أرش اليد يصير مهرا لها هناك بالإجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعين أرش اليد هناك أيضا . ثم أقول : لوقال المصنف فى تعليل صورة العمد أيضا من مسئلتنا هذه مثل ما قاله فى صورة الخطإ منها من أنه يكون هذا تزوّجا على أرش اليد ، إذ القصاص لايجرى فى الأطراف بين الرجل والمرأة فى العمد أيضا عندنا ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن أن يرد عليه السؤالان المذكوران ولم

فالتزوّج على اليد لايكون تزوّجا على مايحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه . ثم القطع إذا كان عمدا كان التزوّج تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيا على تقدير سقوط القصاص ، فإنه إذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لايصلح على تقدير سقوطه بطريق الأولى ، والقصاص يسقط هاهنا إما بقبولها التزوّج لأن سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط ، وإما باعتبار تعذر الاستيفاء ، فإنه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه . فإن قيل : الواجب فى الأطراف بين الرجل والمرأة هو الأرش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع أن يكون هو المهر ؟ أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا ، وإذا لم يصلح القصاص ولا بدله مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها . فإن قيل : قبول التزوّج يتضمن العفو والعفو لايضمن فلا يجب عليها الدية ، أشار إلى الجواب بقوله لأن التزوّج وإن كان يتضمن العفو لكن (فيما نحن فيه يتضمن العفو ، عن القصاص فى الطرف ،

(قال المصنف : لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها) أقول : فإنه لما مات المقطوع يده بالسراية سقط قصاص الطرف وبدله أيضا وهو الأرش ، فإن القطع كان قتلا فيجب جزاء القتل لا القطع فوجب قصاص النفس ، ولعل هذا هو الوجه فى توجيه كلام المصنف ، وبه تندفع الشكوك والأوهام فى هذا المقام (قوله والقصاص سقط هاهنا إما بقبولها التزوج الخ) أقول : بل السقوط هنا بموت المقطوع يده حيث تبين أن لاقطع على القاطع لكونه قاتلا ، ولا يجب بدله أيضا لعدم وجوب الأصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول : الظاهر أن يقول عن نفسها (قوله أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) أقول : مخالف لما مر آنفا من قوله ويصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالإجماع ، ثم الجهالة لاتمنع

وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب فى مالها لأنه عمد . والقياس أن يجب القصاص على مابيناه . وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كانا على السواء ، وإن كان فى الدية فضل ترده على الورثة ، وإن كان فى المهر فضل يرده الورثة عليها ، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوّجا على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل ، كما إذا تزوّجها على ما فى اليد ولا شىء فيها . ولا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة فى الخطإ والمهر لها . قال (ولو تزوّجها على اليد وما يحدث منها أوعلى الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها) لأن هذا تزوّج على القصاص وهو لايصلح مهرا فيجب مهر المثل على مابيناه ، وصار كما إذا تزوّجها على خمر أو خنزير ولا شىء له عليها ، لأنه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط أصلا (وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ، ولهم

يحتج إلى جوابيهما المذكورين فى الشروح المختلين كما بيناه آنفا (قوله وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية). قال فى النهاية : فإن قلت : لم لم يجب القصاص هاهنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء ، فإنه لما مات ظهر أن الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لأن القصاص لايصلح مهرا لأنه ليس بمال والمهر يجب أن يكون مالا ، ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كأنه تزوّجها ولم يذكر شيئا وفيه القصاص فكذا هنا . قلت: نعم كذلك ، إلا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ، ولو استوفت المرأة القصاص إنما تستوفى عن نفسها لنفسها ، وذلك محال لأن الإنسان لايتمكن من الاستيفاء عن نفسه لنفسه ، لأن الشخص الواحد لايصلح أن يكون مطالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء ، ولما سقط القصاص بقى النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما إذا لم يسم ابتداء انتهى . أقول : لا السؤال شىء ولا الجواب . أما الأول فلأن وجه عدم وجوب القصاص هاهنا على المرأة ظاهر من قول المصنف ، والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه ، فإنه إشارة إلى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب الدية هاهنا دون القصاص على موجب الاستحسان ، فإن صورة العفو أورثت شبهة وهى دارئة للقود فلم يبق محل للسؤال عن لمية عدم وجوب القصاص هاهنا على المرأة ، وأما الثانى فلأن القصاص الذى جعل مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة إنما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوّجا على القصاص فى الطرف ، وإذا سرى تبين أنه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المرأة للعلة التى ذكرها المصنف فى عدم تناوله العفو الذى تضمنه التزوّج ، فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغا ماذكر فى الجواب المزبور ، إذ لم يجعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها (قوله وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم

وإذا سرى تبين أنه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية فى مالها لأنه عمد) والعاقلة لاتتحمل العمد (والقياس أن يجب القصاص على مابيناه) يريد به قوله لأنه هو الموجب للعمد (وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن تساويا)وإن لم يتساويا ردّ من عليه الفضل على من له ذلك ، وإذا كان القطع خطأ كان التزوّج على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوّجها على ما فى اليد ولا شىء فيها ولا يتقاصان لأن الدية على العاقلة فى الخطإ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما . وقوله (ولو تزوّجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر . وقوله (ولا شىء عليها) أى لا دية ولا قصاص . وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أى قدر مهر المثل . وقوله (ولهم)

فيها سقط لأنها لاتفضى إلى المنازعة ، وذلك وجه الصحة فيما مر (قال المصنف :وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول : قال الإمام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير : ولا تقع المقاصة لأن الدية مؤجلة ومهر المثل حال ، وإذا حل الأجل تقع المقاصة انتهى .

ثلث ما ترك وصية) لأن هذا تزوّج على الدية وهى تصلح مهرا إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوّج من الحوائج الأصلية ولا يصح فى حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون عنها ، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها ، وهذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة ، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط ، وإن لم تخرج يسقط ثلثه . وقال أبو يوسف ومحمد : كذلك الجواب فيما إذا تزوّجها على اليد ، لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما فى الفصلين .

ثلث ماترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية فى شرح هذا المحل : قوله ويرفع عن العاقلة مهر مثلها : أى قدر مهر مثلها ، وقوله ولهم ثلث ماترك وصية : أى وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية انتهى . أقول : فى التفسير الثانى خلل ، فإن المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال : فإن كانت تخرج من الثلث تسقط ، وإن لم تكن تخرج يسقط ثلثه ، وعلى ذلك التفسير يلزم أن لايتناول كلام المصنف هاهنا الصورة الأولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد، فإن مايكون وصية لهم فى الصورة الأولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل لا إلى تمام الدية ثلثه فقط كما لايخفى . وقال صاحب الغاية : قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها : أى قدر مهر مثلها ، وقوله ولهم ثلث ماترك وصية لهم : أى للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى . أقول : مآل هذا أيضا ماذكره صاحب النهاية والعناية وإن كانت العبارة مغايرة فى التفسير الثانى ، فإنه لما بين ماترك الميت فى قوله ثلث ماترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل مايرد على ماذكراه من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لايتناوله كلام المصنف هاهنا على التفسير المزبور . ثم أقول : فى كلام المصنف هاهنا احتمال آخر ، وهو أن يكون معناه : وللعاقلة ثلث ماترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الآتيتين فى التفصيل معا ، لأن جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله . لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية ، فلا يصح حينئذ قوله وصية لأن مايكون وصية للعاقلة إنما هو مقدار مازاد على مهر مثلها من الدية لاغير . وبالجملة عبارة المصنف هاهنا ليست بخالية عن القصور فى إفادة تمام المراد كما لايخفى على ذوى الرشاد ، فالأولى فى تحرير المقام ماذكره صاحب الوقاية حيث قال : وفى الخطإ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقى وصية لهم ، فإن خرج من الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال انتهى تأمل (قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد ، لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما فى الفصلين) أى فى التزوّج على اليد ، وفى التزوّج على اليد وما يحدث منها أوعلى الجناية ، كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب . وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا فى شرحه حيث قال : يعنى فى التزوّج على اليد إذا كان القطع خطأ ، وفى التزوّج على اليد وما يحدث منها أوعلى الجناية انتهى . وتبعه الشارح العينى . أقول : ليس ذاك بشىء ، إذ لاوجه لتقييد القطع فى الفصل الأول بالخطأ فإن الظاهر من كلام المصنف هاهنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا ، وكذا مما ذكر فى عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما فى العمد والخطإ فى الفصلين سواء ، ولقد صرح به هاهنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال : فأما عندهما فالجواب فيه فى العمد والخطإ كالجواب فيما إذا تزوّجها على القطع وما يحدث منه ، أو على الجناية لما ذكر فى المسئلة المتقدمة ، كذا فى شروح

أى للعاقلة (ثلث ماترك) أى ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية . وقوله (فاتفق جوابهما فى الفصلين) يعنى فى التزوّج على اليد إذا كان القطع خطأ ، وفى التزوّج على اليد وما يحدث منها أوعلى الجناية ، وعبر بالفصلين باعتبار المختلف

(قوله إذا كان القطع خطأ) أقول : التقييد به مما لايظهر وجهه ، فإنه إذا كان القطع عمدا فالاتفاق فى الجواب على حاله .

قال (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود . واستيفاء القطع لايوجب سقوط القود كمن كان له القود إذا استوفى طرف من عليه القود . وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه فى القصاص ؛ لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه . ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة . وقالا : لاشىء عليه) لأنه استوفى حقه فلا يضمنه ، وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها . ولهذا لولم يعف لايضمنه ، وكذا إذا سرى وما برأ أو ماعفا وما سرى ، أو قطع ثم حزّ رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما إذاكان له قصاص فى الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لايضمن الأصابع . وله أنه استوفى غير حقه ؛ لأن حقه فى القتل . وهذا قطع وإبانة ، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعا ، وإذا سقط وجب المال ،

الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) قال صاحب العنايه : لم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع . وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي . لا شيء عليه على ما سيجيء انتهى . أقول : هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل ، لأنه إن كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بأنه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له إذ قد ذكرها أيضا فيما بعد ، وإن كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بأنه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون حقها أن تذكر هنا فليس كذلك : فإن تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص فى الطرف كما صرح به فى الكتاب فيما بعد ، وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص فى النفس . ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص فى النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها ، وإن كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه ؛ إذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجيء مفصلا ومدللا فيلغو بيان ذلك الشارح إياه هاهنا (قوله ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به)قال صاحب الإصلاح والإيضاح : وفيه إشكال لما مر أن صورة العفو تكفى فى سقوط القود لأنها تورث شبهة وبذلك تمسكوا فى سقوطه فيما إذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثمة إلى المقدمة القائلة إنه لايكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى . أقول : جوابه أنه قد تقرّر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ، ففيم نحن فيه يكون الإبراء عن النفس شبهة الشبهة ، لأن الإقدام على القطع لايقتضى الفراغ مما وراءه رأسا لجواز أن يستوفى القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفى طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ، ثم إن الفراغ مما وراء القطع لايقتضى الإبراء عنه أيضا لجواز أن يفرغ منه ظنا أن حقه فى القطع لا إبراء عما وراءه فتحققت شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر ، بخلاف ما إذا عفا عن القطع ثم مات منه فإن العفو عن القطع هنا مقرر لاشبهة فيه ، وإنما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت فى سقوط القود بها لكون الشبهة دارئة له فافترقا تأمل ، فإن هذا معنى

والمتفق وإلا فالفصول ثلاثة .(قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد) كلامه واضح ، ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع ، وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ماسيجيء . وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما ، وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج إلى كلام ، فقوله إنه استوفى غير حقه لأن حقه فى القتل ، وهذا قطع وإبانة فى الأصل ظاهر لايقبل التشكيك ، وقد شكك بعضهم بما إذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولىّ يده ثم رجعا ضمنا اليد ، وإنما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهدا إلا بالقتل ، ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا ، وكون القطع غير القتل لايرتاب فيه أحد ، وليس أصل المسئلة ذلك وإنما هى بناء على أنهما أوجبا له قتل

(قوله وإنما هى بناء على أنهما أوجبا له) أقول : بل أباحا .

وإنما لايجب فى الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه. وملك القصاص فى النفس ضرورى لايظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه ، فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء . وأما إذا لم يعف وما سرى ، قلنا إنما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف ، وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح . والأصابع وإن كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا ، بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه . قال (ومن له القصاص فى الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبى حنيفة ، وقالا : لايضمن) لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص ، إذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد . وله أنه قتل بغير حق لأن حقه فى القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا . ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة فى مجرى العادة وهو مسمى القتل، إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف مااستشهدا به من المسائل إلا أنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلدا كالإمام أو عقدا كما فى غيره منها .

عميق وفرق دقيق (قوله بخلاف ما استشهدا به من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلدا كالإمام ، أو عقدا كما فى غيره منها)أقول : فيه تساهل، لأن من تلك المسائل مالا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المأمور بقطع اليد، فإن المراد به ما إذا

النفس ، وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لإيجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل أنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا . وقوله (وإنما لايجب المال فى الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن فى الحال . وقوله (وملك القصاص فى النفس ضرورى) جواب عن قولهما إنه استوفى حقه : يعنى لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافى وهو الحرية كما مر بحيث لايظهر إلا فى هذه الأحوال الثلاثة ، وهى : استيفاء النفس بالقصاص ، والعفو ، والاعتياض لايصح التصرف فى القاتل بغيرها ، والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا فى غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان . وقوله (فأما قبل ذلك) يعنى قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعنى ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما إذا سرى) جواب عن قولهما وكذا إذا سرى . وقوله (وأما إذا لم يعف وما سرى) جواب عن قولهما أو ما عفى وما سرى . وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعنى فلا يكون مستشهدا به ، وكذا قوله هو الصحيح . وقوله (والأصابع وإن كانت تابعة) جواب عن قولهما وصار كما إذا كان له قصاص فى الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فإنهم تبرعوا بالفرق . وأما صاحب الأسرار فمنعه وقال : لانسلم أنه لايلزمه ضمان الأصابع بل يلزمه إذا عفا عن الكف . وقوله (ومن له القصاص فى الطرف إذا استوفاه) واضح . وقد أشرنا إليه من قبل . وقوله (فصار كالإمام) أى القاضى إذا قطع يد السارق فمات من ذلك فإنه لاشىء عليه . وقوله (والمأمور بقطع اليد) كما إذا قال اقطع يدى ففعل فمات لا شىء على القاطع . وقوله (فى مجرى العادة) يعنى أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة . وقوله (لأنه مكلف فيها) (أى فى المسائل) بالفعل إما تقلدا كالإمام فإنه إذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما مر فى غير الإمام من

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول : هذا إذا كان رجوعهما قبل البرء، أما إذا كان بعده ينبغى أن يضمن القاطع فإنه لايبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبى حنيفة . على أنا نقول : قوله يبرئ القاطع عن الضمان . قلنا : مطلقا أو بعد البرء ، والثانى باطل ، وفى الأول إن برأ لايجب ضمان القطع ، وإن لم يتبين الحال لايضمن فى الحال كما لايخفى (قال المصنف : وإنما لايجب فى الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) أقول : فيكون عفوه لغوا لاستيفائه حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول : المضاف مقدر : أى حال القطع .

والواجبات لاتتقيد بوصف السلامة كالرمى إلى الحربى ؛ وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب . إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق فأشبه الاصطياد .

(باب الشهادة فى القتل)

قال.(ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة) عند أبى حنيفة ،

قال اقطع يدى ففعل فسرى إلى النفس فمات كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما فى غيره منها فإن العقد إنما يتحقق فى البزاغ والحجام منها دون المأمور بالقطع مع أنه غير الإمام وأنه من تلك المسائل أيضا ، ولا يجدى التشبث بالتغليب نفعا هنا ، لأن قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا يتمشى فى تلك المسئلة ، إذ لا يجب على المأمور بالقطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى ، فيلزم أن يكون الدليل المذكور فى الكتاب قاصرا عن إفادة الفرق فى حق تلك المسئلة كما ترى. نعم يمكن الفرق فى حقها أيضا بأن يقال لما فعل المأمور بالقطع بإذن الآمر انتقل حكم الفعل إلى الآمر فصار كما لو قطع يد نفسه وفى ذلك لا ضمان ، لكن الكلام فى قصور عبارة الكتاب عن إفادة تمام المرام وهذا مما لاريب فيه .

(باب الشهادة فى القتل)

لما كانت الشهادة فى القتل أمرا متعلقا بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لأن مايتعلق بالشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبى حنيفة

المسائل : يعنى البزاغ والحجام فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة (والواجبات لاتتقيد بوصف السلامة كالرمى إلى الحربى وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) إذ العفو مندوب إليه ، قال الله تعالى ـ وأن تعفوا أقرب للتقوى ـ فيكون من باب الإطلاق : أى الإباحة فأشبه الاصطياد . ولو رمى إلى صيد فأصاب إنسانا ضمن كذا هذا ، وطولب بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ، ومعلم ضرب الصبى بإذن الأب فمات ، وقاطع يد حربى أو مرتدا أسلم بعد القطع فإنه لا يجب على المستأجر ، والمستعير للركوب إذا نفقت الدابة منه ، وعلى المعلم والقاطع ضمان ، وهاهنا يجب إذا سرى. وأجيب بأن فى الثلاثة الأولى حصل سبب الهلاك بالإذن فينتقل الفعل إلى الإذن ، ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شىء فكذا إذا أذن بسبب الهلاك ، والأب إذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك هاهنا ، بخلاف المقتص له فإنه يقطع بالملك دون الإذن ، ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا فى غير ملكه وهو يوجب الضمان . وأما الرابع فلأن القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ، ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الإسلام فى مباح الدم وذلك لايوجب الضمان ، فكذا إذا صار قتلا من الابتداء لأنه مستند إلى ابتداء القطع .

(باب الشهادة فى القتل)

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة فبين الشهادة فيه فى باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبى حنيفة .

ثم اعلم أن ضمير به راجع إلى قوله قبل التصرف (قوله أو مرتد أسلم بعد القطع) أقول : ثم سرى إلى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول : قوله ضمان فاعل لقوله لايجب ، ومعناه : لايجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ، ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فإنه يقطع بالملك) أقول : وكذلك القطع بإذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الإذن) أقول : وكذلك المستأجر والمستعير يملكان المنفعة كالركوب دون الإهلاك .

(باب الشهادة فى القتل)

وقالا : لا يعيد (وإن كان خطأً لم يعدها بالإجماع) وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر . لهما فى الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين . وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوّض كما فى الدية ، ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت . ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين . وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ؛ ألا ترى أن ملك

رحمه الله ، وقالا : لايعيد) قال فى العناية : والأصل أن استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما . وقال : وليس لأبى حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا ؛ كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن ما تمسكا به لاينتهض حجة على أبى حنيفة ، وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين . وذلك أن القصاص وإن كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لايثبت إلا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لأنه شرع للتشفى ، ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذى هو الجناية فى حق المورث ، وقد صرح به فى كثير من الشروح . فأبوحنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط إعادة البينة إذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى فى مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالا للدرء أيضا . وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ، ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه ،

وقالا : لا يعيد ، وإن كان خطأً لايعيد بالإجماع) وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر ، والأصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما ، وليس لأبى حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا ، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورّث المجروح استحسانا للتدافع . والقياس عدم الجواز ، أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد ، وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه . ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك ، وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما إن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين ، وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين ، وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين ، واستدل لهما على أن طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لأنه عوض نفس ، قال الله تعالى

(قال المصنف : لهما فى الخلافية أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول : فى شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد : لهما أن القصاص يصير مملوكا للمقتول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء ، ولهذا يكون للمرأة نصيب فى القصاص ، والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج إلا بطريق الوراثة ، ثم فى الدين لاتعاد البينة ، كذا هذا ، ولأبى حنيفة بلى ولكن فيه شبهة ثبوته لهم ابتداء ، لأن الميت لاينتفع به منفعة دنيوية ، ولو ثبت لهم ابتداء تعاد له البينة ، فكذا إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى . وعلى هذا ينبغى أن يحمل كلام المصنف : يعنى أن القصاص فيه شبهة كون طريقه الخلافة دون الوراثة فحينئذ تندفع المخالفات والمناقضات كما لايخفى . وفى شرح الإمام التمرتاشى : ولأبى حنيفة رحمه الله أن فى القصاص شبهة ثبوته ابتداء ، لأنهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فإنه لايقضى منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ، ومن هذا الوجه لاينتصب الحاضر خصما عن الغائب ، والقصاص لايثبت مع الشبهة ، ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوارث ، وكذا لو انقلب القصاص مالا كان حقا للمقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى . والحاصل أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة إذا كان فى اعتباره نفع فى سقوط القصاص ، وتارة يعتبر شبهة الخلافة إذا كان النفع فى اعتباره ، وفى غاية البيان : ولأبى حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه ، وذلك لأنه شرع للتشفى ودرك الثأر وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه ، لأن الميت لاينتفع به ، ومن حيث أنه بدل النفس حق الميت ، ولهذا لو انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ، إلى آخر ما ذكره . قال الإمام الزيلعى فى قوله تعالى ـ ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ـ نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهما ذلك) أقول : يعنى ليس لهما تمسك كأبى حنيفة (قوله للتدافع) أقول : هذا تعليل لقوله وليس لأبى حنيفة تمسك ، ولقوله كما أنه ليس لهما ذلك الخ : يعنى للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لأنه عوض نفس ، قال الله تعالى

القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله ، بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك فى الأموال ، كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه . وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لاينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادّعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص إلى مال . ولا يمكنه إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه . قال (فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لأنهما يجرّان بشهادتهما إلى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا (فإن صدّقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) معناه : إذا صدقهما وحده ، لأنه لما صدقهما فقد أقرّ بثلثى الدية لهما فصح إقراره ، إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وإن كذبهما فلاشىء لهما وللآخر ثلث الدية) ومعناه : إذا كذبهما القاتل أيضا ، وهذا لأنهما أقرّا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادّعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لأن دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق

فيتجه عليهما المؤاخذة لصحة العفو من الوارث حال حياة المورّث استحسانا بالإجماع فتدبر (قوله وإن كذبهما فلا شىء لهما وللآخر ثلث الدية معناه إذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المقام : وإن كذبهما فلا شىء أى وإن كذبهما المشهود عليه ، معناه : إذا كذبهما القاتل أيضا ، وإنما قيد بهذا لأنه إذا صدقهما القاتل عن تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم أثلاثا ثم قال : وفى بعض النسخ معناه : إذا كذبهما المشهود عليه أيضا فحينئذ كان معنى قوله وإن كذبهما : أى وإن كذبهما القاتل انتهى . وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا ، إلا أنه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما فى النهاية ،

ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوّض كما فى الدية ، ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه . ولأبى حنيفة أن طريقه طريق الخلافة ، وهو أن يثبت لمن يخلف ابتداء ، كالعبد إذا اتهب فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك ، كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولايتصوّر الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث . وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أى الميت من أهل الملك فى الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه . وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لاينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره ، وهذا أنسب للقواعد الفقهية ، فإن المحل مما للشبهة فيه مجال . وقوله (فإن أقام القاتل البينة) واضح . وقوله (لأنهما يجرّان) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة ، وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره ، وهو ما قال الإمام المحبوبى لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر فى حقهما . وقوله (فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) يتأتى فيه الأقسام العقلية ، لأنه إما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا أو يكذباهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس ، والمذكور فى الكتاب أوّلا هو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثا لما ذكر فى الكتاب من التعليل ، وأشار بقوله وحده إلى أنهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثى الدية لاغير لأنهما ادّعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ، ولا شىء للمشهود عليه لأنه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقرّا بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا . وقوله (إن كذبهما) أى كذبهما القاتل والمشهود عليه أيضا (فلا شىء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية) لما ذكره فى الكتاب .

ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ) أقول : يعنى الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول : لا بد هنا من مراجعة التمرتاشى (قال المصنف : ومعناه : إذا كذبهما القاتل أيضا) أقول : قال الإتقانى : فعلى هذا يكون تقدير قوله وإن كذبهما : أى المشهود عليه . وفى بعض النسخ : ومعناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضا وهو أصح انتهى . وجه الأصحية نبو مساق الكلام عن النسخة الأولى ، فإنه

المشهود عليه ، لأن سقوط القود مضاف إليهما ، وإن صدّقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك . قال (وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمدا) لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفى ذلك القصاص على ما بيناه ، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه ، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشىء جارح .

وقال : والأول أصح . أقول : مدار ما ذكرا فى شرح المقام على أنهما فهما أن مراد المصنف بقوله معناه إذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله فى النسخة الأخرى معناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضا بيان الكلام المقدر فى عبارة الجامع الصغير وهى قوله وإن كذبهما فلا شىء لهما ، فإنهما جعلا فاعل كذبهما فى قوله وإن كذبهما فلا شىء لهما ضميرا راجعا إلى المشهود عليه على نسخة معناه إذا كذبهما القاتل أيضا ، وضميرا راجعا إلى القاتل على نسخة معناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضا ، وهذا لايتصور إلا بأن يكون مراد المصنف فى النسخة الأولى أن جملة إذا كذبهما القاتل أيضا مقدرة فى عبارة الجامع الصغير فتقديرها وإن كذبهما المشهود عليه فلا شىء لهما إذا كذبهما القاتل أيضا ، وفى النسخة الأخرى أن جملة إذا كذبهما المشهود عليه أيضا مقدرة فيها فتقديرها وإن كذبهما القاتل فلا شىء لهما إذا كذبهما المشهود عليه أيضا ، لكن ليس ماذهبا إليه بسديد ، إذ يأباه قطعا قول المصنف معناه لأن المقدر لايكون معنى المذكور . والحق عندى أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرّد قيد أيضا فى عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده فى عبارته حيث قال : معناه إذا صدقهما وحده ، فمراده على النسخة الأولى أن معنى قول محمد فى الجامع الصغير وإن كذبهما إذا كذبهما القاتل ، أيضا : أى مع المشهود عليه ، كما أن معنى قوله فيما قبل فإن صدقهما القاتل إذا صدقهما وحده : أى بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ، ومراده على النسخة الأخرى معنى قول محمد وإن كذبهما إذا كذبهما المشهود عليه أيضا : أى مع القاتل ، فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشىء جارح) قال فى الكفاية : وإنما أوّل لتكون المسئلة مجمعا عليها . وقال فى معراج الدراية نقلا عن الذخيرة : ماذكر فى الجامع الصغير إن

(وقوله وإن صدقهما المشهود عليه وحده) يعنى وكذبهما القاتل (غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لإقراره له بذلك) وفى بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان ، والقياس أن لايلزمه شىء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره ، وما أقرّ به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه . وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقرّ للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين فى العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما أقرّ به القاتل فيجوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقرّ لرجل بألف درهم فقال المقرّ له هذه الألف ليست لى ولكنها لفلان جاز وصار الألف لفلان ، كذا هذا . قال (وإذا شهدا الشهود أنه ضربه) صورة المسئلة ظاهرة . وقوله (وإذا كان عمدا) أقول : المصنف احترز به عن الخطإ . ثم قال (وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشىء جارح) لأنه إذا لم يكن كذلك لايجب القود عند أبى حنيفة كما تقدم . قيل الشهود شهدوا على الضرب بشىء جارح ، ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود . وأجيب بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه ، لأنه لو كان مخطئا لايحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه ، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه . وأقول : هذا ليس بوارد على صاحب الهداية ، لأنه أشار إليه بقوله إذا

عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له ، والفاعل المذكور فيه هو القاتل ، فالمضمر هنا يكون ذلك ، وأيضا ينبغى أن يقال حينئذ وله ثلث الدية دون الآخر تدبر (قوله وفى بعض النسخ ، إلى قوله : وصار الألف لفلان كذا هذا) أقول : إلى هنا ما فى بعض النسخ (قوله وأقول : هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول : لكن يرد على المصنف أنه إذا كان جواب المسئلة ما ذكره المجيب ، وقد نص عليه الإمام خواهر زاده يكون التقييد بقوله إذا كان عمدا للاحتراز عن الخطإ مما يعد لغوا بل خطأ لإيهامه خلاف الواقع فتأمل

قال (وإذا اختلف شاهدا القتل فى الأيام أو فى البلد أو فى الذى كان به القتل فهو باطل) لأن القتل لا يعاد ولا يكرّر ، والقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى زمان أومكان آخر ،والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثانى عمد والأول شبه العمد ، ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا إذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أدرى بأىّ شىء قتله فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد . قال (وإن شهد أنه قتله وقالا : لا ندرى بأى شىء قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لاتقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به . وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولأنه يحمل إجمالهم فى الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه ستر‌ا عليه .

كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه ، وإن كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى . ثم قال جمهور الشراح : فإن قيل : الشهود شهدوا على الضرب بشىء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا ؟ قلنا : لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه ، لأنه لو كان مخطئا لايحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه . وقالوا : كذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب . وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى. وأنا أقول : نعم لايرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله إذا كان عمدا ، لكن يرد عليه أن يقال : ليس لهذا التقييد هاهنا وجه ، لأنه إن أراد به أن وجوب القود فى مسئلة الجامع الصغير فيما إذا صرح الشهود بكون ضربه عمدا لا فيما إذا أطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الأمر كذلك على ماذكره شيخ الإسلام ونقل عنه شراح الكتاب ، فإنه صريح فى أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم فى وجوب القود فى المسئلة المذكورة ، وإن لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الإسلام فلا حاجة إلى تقييده المزبور بل لاوجه له كما لايخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثانى عمد والأول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول : لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال فى الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل . أما كونه أجمل فظاهر . وأما كونه أشمل فلأن الاختلاف فى الذى كان به القتل غير منحصر فى الاختلاف فيما يوجب الاختلاف فى الأحكام كالعصا والسلاح ، بل يعم الاختلاف فى غير ذلك أيضا كالسيف والرمح ، فإن القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ، ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة : نص عليه الحاكم الشهيد فى الكافى حيث قال : ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا فى مكان القتل أو وقته أو مواضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولأنه يحمل إجمالهم فى الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه) فيه صنعة التجنيس التام كما فى قوله تعالى ـ ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة ـ فالإجمال الأول هاهنا

كان عمدا ، نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف (وقوله وإذا اختلف شاهدا القتل) ظاهر ، وقد تقدم فى الشهادات أن اختلاف الشاهدين فى الأموال يمنع عن الحكم بها ففى النفوس أولى . وقوله (لأن المطلق يغاير المقيد) فإن المطلق يوجب الدية فى ماله والمقيد بالعصا على العاقلة. وقوله (فإن شهدوا أنه قتله) واضح . وقوله (لأنه يحمل إجمالهم فى الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما فى قوله تعالى ـ ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة ـ الأول بمعنى الإبهام والثانى بمعنى الصنيع وهو الإحسان ، وهو فى الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان ، وهو أن يقال : الشهود فى قولهم لاندرى بأىّ شىء قتله إما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق الكذب ، وعلى كلا التقديرين يجب أن لاتقبل شهادتهم ، لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا ، وإن كذبوا فكذلك لأنهم صاروا فسقة . ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف ، لكنهم بقولهم لاندرى اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا إليه بالإحياء وجعل كذبهم هذا معفوّا

وأوّلوا كذبهم فى نفى العلم بظاهر ماورد بإطلاقه فى إصلاح ذات البين وهذا فى معناه .

بمعنى الإبهام ، والثانى بمعنى الصنيع وهو الإحسان . ثم إن كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان . وهو أن يقال : الشهود فى قولهم لاندرى بأىّ شىء قتله إما صادقون أو كاذبون . وعلى كلا التقديرين ينبغى أن لاتقبل شهادتهم ، لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا . وإن كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لاتقبل . فقال فى جوابه : إنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف . لكنهم بقولهم لاندرى اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا إليه بالإحياء وجعل كذبهم هذا معفوّا عند الله تعالى لما جاء فى الحديث « ليس بكذاب من يصلح بين اثنين » فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم ، وهو معنى قوله أوّلوا كذبهم بظاهر ما ورد بإطلاقه : أى بظاهر ماورد بتجويز الكذب انتهى كلامهم . أقول : فيه نظر . إذ لاورود لما ذكروه على وجه الاستحسان أصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق ، وذلك لأن ما ذكروه من المحذور فى صورة إن صدق الشهود هو بعينه ماذكره المصنف فى وجه القياس فى هذه المسئلة ، وقد حصل الجواب عنه فى وجه الاستحسان الذى ذكره من قبل . توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم فى الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة ، بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل . ولهذا وجب العمل به كما عرف فى أصول الفقه فيحمل على الأقل المتيقن ، فيجب أقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه . فلا يتوجه أن يقال : إن صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة . وأيضا قول المصنف فى ذيل هذا الكلام : فلا يثبت الاختلاف بالشك يأبى كون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح . إذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تأويلهم كذبهم بما ورد فى الحديث فلا يبقى الاحتياج إذ ذاك إلى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك . بل لايكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم أن يكون لغوا من الكلام . والحق عندى أن قول المصنف ولأنه يحمل إجمالهم فى الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بأدنى تأمل صادق ، ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس فى هذه المسئلة مذكور فى الكافى وغيره . وهو أن الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا فى معناه) قال جمهور الشراح : أى ستر الشاهد على المشهود عليه فى معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا كما أن الإصلاح مندوب إليه هناك فكان ورود الحديث هناك ورودا هاهنا انتهى . أقول : فيه بحث . لأن المندوب إليه فى باب القتل إنما هو عفو أولياء القتيل دون عفو الشهود . كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الأفضل لهم أن لايشهدوا رأسا بما يتعلق بالقتل كما فى الحدود فلزم أن لايوجد الباعث على ارتكابهم الكذب فى شهادتهم المذكورة هاهنا . بخلاف إصلاح ذات البين . فإنه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك . وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال : ينبغى أن يكون المراد بالعفو درء القصاص ، وإلا فهو تلو الوجوب . فحيث لاوجوب للقصاص لاعفو عنه . ثم قال : والأظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب إليه انتهى . أقول : يرد على توجيهه أيضا أن يقال : لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا إليه وكان

عند الله لما جاء فى الحديث « ليس كذاب من يصلح بين اثنين » فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم ، وهو معنى قوله (وأولوا كذبهم بظاهر ما ورد بإطلاقه) أى بتجويز الكذب . وقوله (وهذا فى معناه) أى ستر الشاهد على المشهود عليه فى معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا ، كما أن الإصلاح مندوب إليه هنالك ، فكان ورود الحديث

(قوله بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا الخ) أقول : ينبغى أن يكون المراد بالعفو درء القصاص ، وإلا فهو تلو الوجوب ، فحيث لا وجوب للقصاص لاعفو منه . ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال : إنه لايكذب للعفو لأنه فرع وجوب القصاص ، والأظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب إليه ، أو يقال : هذا إصلاح معنى حيث يخلصه بهذا الكذب عن القتل الذى لامضرة فوقه ، وأى إصلاح يعادله ، وأنت خبير إذا قيل مراده من العفو الدرء لايندفع المحذور .

فلا يثبت الاختلاف بالشك . وتجب الدية فى ماله لأن الأصل فى الفعل العمد فلا يلزم العاقلة . قال(وإذا أقرّ رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولىّ قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما ، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولىّ قتلتماه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب فى الأولى من المقرّ له وفى الثانية من المشهود له . غير أن تكذيب المقرّ له المقر فى بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره فى الباقى . وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا ، لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول . أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار .

د روه جائزا للشهود بعد أن عاينوا القتل بجارح عمدا لكان عليهم أن لايشهدوا بالقتل أصلا ، فلا يوجد مايسوّغ ارتكابهم الكذب فى طريق شهادتهم المذكورة هنا ، ثم إن ورود هذا على ما عده أظهر هاهنا أظهر ، إذ لو كان ستر القصاص مندوبا إليه لكان الأفضل للشهود أن يستروه طرا بأن لايشهدوا بالقتل أصلا كما فى الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال فى العناية : يعنى إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لايكونوا كذلك وقع الشك ، والاختلاف لايثبت بالشك انتهى . أقول : لقائل أن يقول : كما لايثبت الاختلاف بالشك لايثبت الاتفاق بذلك أيضا ، ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين ، فإذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصوّر القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقرّ له فى بعض ما أقرّ به لايبطل إقراره فى الباقى ، وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ماشهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية : فى هذه المسئلة إذا أقرّ كل واحد منهما بالقتل فقد أقرّ كل واحد منهما بالإتلاف لجميع النفس وقد صدق الولىّ كل واحد منهما بإتلاف بعض النفس ، والقصاص يجب بإتلاف البعض كما يجب بإتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهما . وأما فى الشهادة فلما كذب كل فريق فى بعض الشهادة بطلت شهادتهما فى الكل انتهى . وقال صاحب النهاية فى بيان صورة الإقرار : لما أقرّ كل واحد منهما بالقتل صدق الولىّ بقوله قتلتماه كل واحد منهما فى نصف القتل وكذبه فى النصف ، والتكذيب فى نصف ما أقر به لايبطل الإقرار ، أما التكذيب فى كل ما أقرّ به يبطل الإقرار لأنه حينئذ يكون ردّا لإقراره . والإقرار يرتد بالرد انتهى . أقول : هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لايكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لايتجزأ فكيف يتصوّر إتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعماه وبنيا عليه معنى المقام ، وأيضا قد مرّ أن الأصل عندنا فيما إذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال ، وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بإتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما . والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقرّ بالقتل بانفراده ، وقد صدّق الولى كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا فى بعض ما أقرّ به وهو القتل ، وكذبه فى بعضه الآخر وهو انفراده ، فعلى مقتضى أن تكذيب المقرّ له المقرّ فى بعض ما أقرّ به لايبطل إقراره فى الباقى يؤاخذ كل واحد منهما بإقراره بالقتل فللولى أن يقتلهما جميعا ، وإن ردّ انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما إذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم إجماعا ، بخلاف صورة الشهادة كما بين فى الكتاب .

هنالك ورودا هاهنا ، وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعنى إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لايكونوا كذلك وقع الشك ، والاختلاف لايثبت بالشك (وتجب الدية فى ماله لأن الأصل فى الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) وقوله(وإذا أقرّ الرجلان الخ) مسئلتان مبناهما على أن تكذيب المقرّ له المقرّ فى بعض ما أقرّ به لايبطل إقراره فى الباقى ، فإن من أقرّ بألف درهم وصدقه المقرّ له فى النصف وكذبه فى النصف يصح الإقرار فيما صدقه ، وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض مايشهد به يبطل شهادته أصلا لكونه تفسيقا له ، وفسق الشاهد يمنع القبول ، بخلاف فسق المقرّ وقيد بقوله فى بعض ما أقرّ به لأنه إذا أكذبه فى كل ما أقرّ به بطل الإقرار لأنه ردّ لإقراره ، وعلى هذا لو قال المقرّ له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له أن يقتل واحدا منهما

(باب فى اعتبار حالة القتل)

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية عند أبى حنيفة . وقالا : لا شىء عليه) لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت . وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمى إذ لافعل منه بعد فتعتبر حالة الرمى والمرمى إليه فيها متقوم . ولهذا تعتبر حالة الرمى فى حق الحل حتى لايحرم بردة الرامى بعد الرمى . وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد

(باب فى اعتبار حالة القتل)

لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا فى الشروح (قوله وقالا : لاشىء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه) قال فى العناية : إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول : إن قولهما إنه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح . لأن فى اعتقاد المرتد أن الردة لاتبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية . كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى . أقول : لهما أن يقولا فى الجواب عنه : إنا لانريد

لأن معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحدك وفى ذلك تكذيب الآخر فى الجميع وهو تكذيب لهما .

(باب فى اعتبار حالة القتل)

لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رمى مسلما فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية لورثة المرتد عند أبى حنيفة . وقالا : لا شىء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك إبراء للضامن) لأن من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالمغصوب منه إذا أعتق المغصوب فإنه صار مبرئا للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه وصار به مبرئا (كما إذا أبرأه) أى الرامى عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أى انعقاد سببه وهو الرامى قبل أن يصيبه السهم (ولأبى حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرمى إذ لافعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرمى والمرمى إليه فيها متقوم) واستوضح اعتبار وقت الرمى بما إذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فإن ردته بعد الرمى لاتحرم لأن فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية . وبما إذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمى قبل الإصابة فإنه صحيح . وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لإمكان اعتبار

(باب فى اعتبار حالة القتل)

(قال المصنف : وقالا : لاشىء عليه) أقول : قال الكاكى : وبه قالت الأئمة الثلاثة . لأن التلف حصل فى محل لاعصمة له فيكون هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات ، وكما لو أبرأه بعد الجرح : أى عن الجناية أو حقه . وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم ، وكما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان كذا ذكره فى جامع صدر الإسلام انتهى . وفى شرح شاهان : وبخلاف ما إذا ارتد بعد الجرح ؛ لأن عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالعتق لاباعتبار أنه صار مبرئا انتهى (قال المصنف : لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا) أقول : قال الإتقانى : هذا لايصح لأن عنده : يعنى عند المرتد أن الردة لاتبطل التقوم فكيف يكون مبرئا عن ضمان الجناية ، كذا ذكره قاضيخان انتهى . وفيه بحث (قال المصنف : كما إذا أبرأه) أقول : أى بالارتداد ، فإنه إذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لاتجب الدية ، ويجوز أن يكون المراد بالإبراء العفو ، لكن الأول أنسب للمقام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول : لاتمس الحاجة إلى إخراج الكلام عن ظاهره هنا ، فإنه على ظاهره يصح أن يكون مقيسا عليه لصورة النزاع ، بخلاف ما فى دليل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لايخفى (قوله أى انعقاد سببه وهو الرمى قبل أن يصيبه السهم)

الجرح قبل الموت . والفعل وإن كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية (ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا ، وكذا إذا رمى حربيا فأسلم) لأن الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوّم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوّما بعد ذلك . قال (وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة . وقال محمد : عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمىّ ، وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة . له أن العتق قاطع للسراية ، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمى وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى

بالإبراء في قولنا إنه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الإبراء ، بل نريد بذلك الإبراء الحكمي لأنه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى ، لأن مالا تقوّم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم الإبراء شرعا سواء طابق اعتقاده أو لم يطابق ؛ ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه يومى إلى ماذكرناه (قوله وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله) قلت : لعل وجه عدول المصنف هاهنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره ، بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد ، وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات ، لأن الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة ، وذكر فخر الإسلام البزدوى في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان . فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء

وقت الإصابة هناك . فإن قيل : إن كان ماذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص . أجاب بقوله (والفعل وإن كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الإصابة (ووجبت الدية) أي في ماله ، ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء في قولهم جميعا (وكذا إذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لأن الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوّم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوّما بعد ذلك) ونوقض بما إذا رمى إلى صيد في الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي . وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لايختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم وإشارته وهذا لايكون أقل من ذلك . (وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف . وقال محمد : عليه فضل مابين قيمته مرميا إلى غير مرمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمى ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه مائتا درهم . لأن العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق ، لأن المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الإصابة العبد لحريته ؛ فصار العتق بمنزلة البرء كما إذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فإن العتق يقطع السراية حتى لايجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وإنما يضمن النقصان . وإذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمى وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة إلى ماقبل الرمى فيجب ذلك : أي فضل مابين قيمته مرميا إلى غير مرمى . ولهما أنه يصير قاتلا إلى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة . وأبي يوسف يحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا رمى مسلما فارتدّ والعياذ بالله قبل الإصابة حيث اعتبر هناك حالة الإصابة وهاهنا حالة الرمى ، وهو أن المرمى إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب

أقول : فيه شيء (قال المصنف : ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا) أقول : قال الكاكي في معراج الدراية : أي في قول أصحابنا . وقال الشافعي وأحمد : يجب عليه في المرتد والحربي إذا أصابهما الرمية بعد إسلامهما الدية ، لأن الاعتبار بحالة الإصابة ، إذ الرمى سبب والإصابة جناية ، والاعتبار بحالة الجناية ، كما لو حفر بئر الحربي فوقع فيها بعد إسلامه . وقلنا : إن الرمى لم ينعقد موجبا للضمان ، لأن المرمى غير متقوم وإن أصابه متقوما بعده ، وإن أصحابنا اعتبروا حالة الرمى كما في هذه المسئلة ، وكذا مسئلة الرجم على ما سيجيء ، وكذا في مسئلة الذمي ثم تمجس ، وكذا في مسئلة المحرم ، إلا أنهما يقولان في مسئلة رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان ولهذا قالوا : يصير بالارتداد مبرأ ، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : بالارتداد لايصير مبرأ .

إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمى فيجب ذلك . ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمى لأن فعله الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته ، بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل . وأنه يوجب الضمان للمولى ، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية . أما الرمى قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له فى المحل . وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى.

على ما هو المألوف فى نظائره فغير الأسلوب إشارة إلى أن فيه اختلاف الرواية وأن المختار عنده كون قوله مع أبى حنيفة (قوله ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمى لأن فعله الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته) قال الشراح : مرّ أبو حنيفة فى هذه المسئلة على أصله ، وأبو يوسف فرّق بين هذه وبين ما تقدم . ووجه الفرق أن المرمى إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما فصار مبرأ عن الجناية ، إذ الضمان يعتمد العصمة والردّة تنافيها . وأما الإعتاق فإنه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى . أقول : فى وجه الفرق نظر ، لأن الإعتاق وإن لم يناف العصمة إلا أنه ينافى كون المحل مالا متقوما فينبغى أن يصير المولى أيضا مبرأ عن ضمان قيمة العبد المرمى إليه بإعتاقه إياه قبل الإصابة ، لأن ضمان القيمة إنما يتصوّر فيما هو مال متقوّم ، ولما أخرجه المولى بالإعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه فى قيمته ؛ ألا يرى أن المغصوب منه إذا أعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه بالإجماع كما صرحوا به فلم لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه ؟ ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبى يوسف قال : ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى إلا فى صورة الارتداد انتهى. أقول : ليس هذا بسديد ، لأنه مع كونه ظاهر الفساد إذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمى فى صورة الارتداد لما صح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرأ عن الضمان ، فإن الإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشايخ فى شروح الجامع الصغير كما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية ، فإنه قال فى النهاية : وهما يقولان بقول أبى حنيفة فى أن المعتبر حالة الرمى ولهذا وافقاه فى هذه المسائل : يعنى المسائل الآتية فى الكتاب ونظائرها ، إلا أن المرمى إليه فى مسئلتنا لما ارتدّ صار مبرئا للرامى عن الدية بإخراجه نفسه من أن يكون معصوما وفعله معتبر فى إسقاط حقه ، كما إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب بإعتاق المغصوب على ما ذكرنا . إلا أن أبا حنيفة يقول : إن قولهما إنه بالارتداد صار مبرأ عن ضمان الجناية غير صحيح . لأن فى اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرأ عن ضمان الجناية . كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى . وقال فى معراج الدراية : وأصحابنا اعتبروا حالة الرمى كما فى هذه المسئلة ، وكذا مسئلة الرجم على ما يجيء ، وكذا فى مسئلة الرمى ثم تمجس ، وكذا فى مسئلة المحرم على ما سيجيء ، إلا أنهما يقولان فى مسئلة إن رمى مسلما فارتدّ أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامى عن الضمان ، ولهذا قالا : يصير بالارتداد مبرأ ، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب ، وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مبرأ ، لأن فى اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوّم فكيف يصير مبرأ عن الضمان ، كذا فى جامع قاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى (قوله أما الرمى قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء لأنه لا أثر له فى المحل) أقول : لمتوهم أن يتوهم أن هذا الكلام

الضمان بالمنافى . وأما الإعتاق فإنه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى . ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى إلا فى صورة الارتداد (وقوله بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية ؛ وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها ، فإن ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه فى المتنازع فيه ، لأن الرمى قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لعدم أثر منه فى المحل ، وإنما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء

لأن عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان ، كذا فى جامع قاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى ، إلى هنا كلام العلامة الكاكى ، إلا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرمى ينبو عن ذلك بعض نبوة (قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى إلا فى صورة الارتداد) أقول : المعتبر فيها أيضا عنده وقت الرمى فيها ، لكنه يقول : صار بالارتداد مبرأ عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمى فيها لم يصح قوله صار مبرأ ، فإن الإبراء بعد تحقق السبب وانعقاده .

وزفر وإن كان يخالفنا فى وجوب القيمة نظرا إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه . قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامى) لأن المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (وإذا رمى المجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل . وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل) لأن المعتبر حال الرمى فى حق الحل والحرمة إذ الرمى هو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها عنده . (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء . وإن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه) لأن الضمان إنما يجب بالتعدى وهو رميه فى حالة الإحرام ، وفى الأول هو محرم وقت الرمى وفى الثانى حلال فلهذا افترقا .

(كتاب الديات)

قال (وفى شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه فى أول الجنايات .

ينافى ما قاله فى صدر دليلهما من أنه يصير قاتلا من وقت الرمى ، فإن القتل لايتصور بدون إتلاف شيء من المقتول . والجواب أن معنى ما قاله فى صدر دليلهما هو أنه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمى من جهة استناد الحكم إلى وقت الرمى عند الاتصال بالمحل ، وقد أشار إليه صاحب الغاية بقوله هنا : وإنما انقلب الرمى علة للإتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم إلى وقت الرمى فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى

(كتاب الديات)

قال الشراح : ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة ، لما أن الدية إحدى موجبى الجناية فى الآدمى المشروعين صيانة ، لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى . أقول : يرد على ظاهر هذا الوجه أنه إنما يقتضى أن يذكر الديات فى كتاب الجنايات كالقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات ، لا أن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع فى الكتاب : والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات ، وهذا

الابتداء ، فتجب قيمته للمولى . وزفر وإن كان يخالفنا فى وجوب القيمة يعنى ويقول بالدية نظرا إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه ، والباقى ظاهر الخ ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الديات)

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية إحدى موجبى الجناية المشروعين للصيانة ، لكن القصاص أشد صيانة فقدم ، ومحاسنها محاسن القصاص : والدية مصدر من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس كالعدة من وعد . قال (وفى شبه العمد دية مغلظة) شبه العمد قد تقدم معنا . وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل ،

(كتاب الديات)

قال الزيلعى : الدية هى اسم للمال الذى هو بدل النفس ، ومصدر يقال ودى القاتل المقتول دية : إذا أعطى وليه ذلك ، سمى ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر انتهى . والأولى أن يقال : الدية هى المال الواجب بالجناية فى نفس أو طرف (قوله لما أن الدية إحدى موجبى الجناية المشروعين للصيانة) أقول : فإن قيل : إذا كانت الدية إحدى موجبيها ينبغى أن تذكر فى كتابها فى باب مستقل ولا تجعل

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ الآية(فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الإطعام) لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ؛

المقصود يحصل بما ذكروه قطعا . وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه أصالة ، وهو أنه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت أن يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة إلى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة إلى سائر أنواع البيع . ثم اعلم أن ما وقع فى الكتاب وضع القدورى فى مختصره ؛ وأما الشيخ أبو الحسن الكرخى فقدم فى مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات ؛ والشيخ أبوجعفر الطحاوى قدم القصاص على الديات ؛ ولكن جعلهما فى كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات ، والإمام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات فى كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات أصلا ،لأن عامة أحكام الجنايات هى الديات ، فإن القصاص لايجب إلا بالعمد المحض والدية تجب فى شبه العمد ، وفى الخطإ وفى شبه الخطإ ، وفى القتل بسبب ؛ وفى العمد أيضا إذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية فى نسبة الكتاب إليها . ثم إن الدية مصدر ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس . ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر ،كذا ذكر فى المغرب وعامة الشروح . قال فى القاموس : الدية بالكسر : حق القتيل جمعها ديات . وقال فى الصحاح : وديت القتيل أديه دية : إذا أعطيت ديته . وقال فى الكافى : الدية المال الذى هو بدل النفس ؛ والأرش اسم للواجب على مادون النفس انتهى . أقول : الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس ، وينافيه ماسيجىء فى الفصل الآتى من أن فى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى اللحية الدية وفى شعر الرأس الدية وفى الحاجبين الدية وفى العينين الدية وفى اليدين الدية وفى الذكر الدية وفى الرجلين الدية إلى غير ذلك من المسائل التى أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس، وكذا ما ورد فى الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فى النفس الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى المارن الدية » وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضى الله عنه كما سيأتى . فالأظهر فى تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخرا ؛ فإنه بعد أن ذكر مثل ما ذكر فى المغرب وعامة الشروح قال : والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمى أو طرف منه ؛ سمى بها لأنها تودى عادة ، لأنه قلما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمى انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ الآية فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ إلى قوله ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ـ الآية ، وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى . أقول : أخل الشارح المذكور بحق المقام فى تحريره هذا . أما أولا فلأنه خص بالذكر فى بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة ، وجعل قوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ إلى قوله ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ـ دليلا عليه ، فقد قصر فى البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين إذا لم يجد رقبة مؤمنة ، ولم يصب فى سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ إلى قوله ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ـ مع أن الدليل عليه قوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ وحده ، وإنما قوله تعالى ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ـ دليل على القسم الآخر من كفارته الذى لم يذكره فى المدعى ، بخلاف تحرير المصنف فإنه بين كل واحد من قسمى كفارته على ترتيبهما حيث قال : وكفارته عتق رقبة مؤمنة ، ثم قال : فإن لم يجد فصيام شهرين

وقد بيناه فى أول الجنايات(وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ)إلى قوله تعالى ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ـ الآية ، وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط (فلا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص . والمقادير تعرف بالتوقيف)

كتابا على حدة . قلنا : نعم ، إلا أنه نظر إلى عموم مباحثها وعموم مواردها وكثرة الاختلافات فيها ، ولهذا عنون محمد كتاب الجنايات بكتاب الديات ، وذكر أحكام الجنايات فيها من القصاص وغيره .

ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، أو لكونه كل المذكور على ماعرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لأنه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولايجزئ ما فى البطن) لأنه لاتعرف حياته ولاسلامته . قال (وهو الكفارة فى الخطإ) لما تلوناه (وديته عند أبى حنيفة وأبى يوسف مائة من الإبل أرباعا : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعى أثلاثا : ثلاثون جذعة وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية ، كلها خلفات فى بطونها أولادها ،

متتابعين . واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال فى تعليل الأول لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة مؤمنة ـ ولم يذكر آخر الآية . وقال فى تعليل الثانى بهذا النص : أى بآخر هذا النص وهو قوله تعالى ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ـ . وأما ثانيا فلأنه قال : وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط ، وفرّع عليه قوله فلا يجزئ فيه الإطعام : فإن كان مدار قيد فقط فى قوله وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع فى قوله فلا يجزئ فيه الإطعام ، على أن تخصيص التحرير . والصوم بالذكر فى الآية يدل على نفى ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة ، وهو ليس بحجة عندنا ، وإن كان مدارهما على ماذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم إجزاء الإطعام بوجهين آخرين ، وهما قوله ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، وقوله أو لكونه كل المذكور على ماعرف كان قوله لأنه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم إجزاء الإطعام على ما قبله كلاما مختلا ، إذ يكون المفرّع عليه إذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الإطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لأنه لم يرد به نص الخ دليلا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بأن يقال ولأنه لم يرد به نص الخ كما لايخفى على من له دربة بأساليب الكلام ، بخلاف تحرير المصنف فإنه جعل قوله ولايجزئ فيه الإطعام كلاما مبتدأ مطاوبا بالبيان على الاستقلال ، واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار فى أسلوب تحريره أصلا (قوله ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح : يعنى أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقى منه شىء ومثله مخل انتهى . أقول : يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فإنه جزاء القتل أيضا فى العمد وشبهه والخطإ وشبهه كما مرّ فى أول كتاب الجنايات مع أنه ليس بداخل فى الواقع بعد فاء الجزاء فى الآية المذكورة فليتأمل (قوله أو لكونه كل المذكور على ماعرف) يعنى لوكان الغير مرادا لذكره لأنه موضع

وقوله (ولأنه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين : أحدهما بالنظر إلى الفاء ، وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقى منه شىء ومثله مخل ، ألا ترى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق وفى نيته أن يقول وعبدى حرّ ولكنه لم يقل لايكون الجزاء إلا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر إلى المذكور : يعنى لوكان الغير مرادا لذكره لأنه موضع الحاجة إلى البيان ، والسكوت فى موضع الحاجة إلى البيان بيان (على ماعرف) يعنى فى أصول الفقه (ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم) لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف ، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين والثانى بالظهور ، إذ الظاهر سلامة أطرافه ، ولا يجزيه ما فى البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته . قال (وهو الكفارة فى الخطإ لما تلونا) يعنى قوله تعالى ـ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة (وديته) أى دية شبه العمد (عند أبى حنيفة وأبى يوسف مائة من الإبل أرباعا : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكر فى بعض نسخ الهداية قول أبى يوسف مع أبى حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعى : ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها أولادها)

(قال المصنف : وديته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أقول : قال الكاكى : الاقتصار على قول أبى حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسيط والجوامع والأسرار والإيضاح ، فإن المذكور فيها عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وكتب فى بعض النسخ عند أبى حنيفة وأبى يوسف

لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها » وعن عمر رضى الله عنه : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة . ولأن دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « في نفس المؤمن مائة من الإبل » وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في صفة التغليظ ، وابن مسعود رضى الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به . قال (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) لأن التوقيف فيه . فإن قضى بالدية في غير الإبل

الحاجة إلى البيان ، وحيث لم يذكر دل أنه غير مراد لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه . كذا في الشروح كلها . قال صاحب الكفاية بعد ذلك : لايقال : إن السكوت لايدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل » ولم يذكر فيه الكفارة . ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة . لأنا نقول : ثمة وجد بيان بنص آخر ؛ أو نقول : لانسلم ، فإنه قال الجرجانى : وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لاتجب في شبه العمد انتهى . أقول : في كل من جوابيه نظر . أما في الأول فلأن التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير إلى الاستدلال بالوجه الأول الذى ذكره المصنف بقوله لأنه لم يرد به نص فيلزم أن لايكون هذا الوجه الذى هو مورد السؤال دليلا مستقلا ، بل يلزم أن يكون مستدركا . وأما في الثانى فلأن اللازم للمجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لأنه هو المورد للسؤال . ولا شك أن ماذكر فيه مبنى على وجوب الكفارة في شبه العمد ، وأما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير إليه هنا كما لايخفى . ثم إن صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور : أى لكون الصيام كل المذكور وتبعه العينى . أقول : ليس ذاك بسديد ، إذ لايخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى إنما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده . وأما إطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذى يتم به الكل فأمر قبيح لايناسب شرح الكتاب . فالحق في التفسير أن يقال : أى ولكون ماذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور (قوله ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة ، لأن التوقيف فيه ، فإن قضى بالدية من غير الإبل

والخلفات جمع خلفة : وهى الحوامل من النوق ، فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة ، والضمير في كلها للثنية ، واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم « ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها » (ولأن دية شبه العمد أغلظ) يعنى من دية الخطإ المحض . فإن الإبل فيه تجب أخماسا (وذلك) أى كونه أغلظ (فيما قلنا) لأنا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولأبى حنيفة وأبى يوسف قوله صلى الله عليه وسلم « في نفس المؤمن مائة من الإبل ») ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه الصلاة والسلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالإجماع ، وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ ، فإن عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا ، وقال على : تجب أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة ، وثلاث وثلاثون جذعة ، وأربع وثلاثون خلفة . وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعا ، والرأى لامدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رواه ، وإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى . وقوله (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) يعنى لايزاد في الدراهم والدنانير على عشرة الألف درهم أو ألف دينار . وقال سفيان الثورى والحسن بن صالح : تغلظ في النوعين الآخرين : أى الدراهم والدنانير بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطإ وإلى قيمة أسنان الإبل في شبه العمد ، فما زاد على أسنان دية الخطإ يزاد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق ، ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب ، لأن التغليظ في شبه العمد شرع في الإبل بزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطإ وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما . ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الإبل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره

موافقا لعامة الروايات انتهى . يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما (قوله وذلك : أى كونه أغلظ فيما قلنا ، لأنا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا) أقول : يعنى والأول أكمل في الغلظة .

لم تتغلظ لما قلنا . قال (وقتل الخطإ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل . قال (والدية فى الخطإ مائة من الإبل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه . وأخذنا نحن والشافعى به لروايته «أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى قتيل قتل خطأ أخماسا » على نحو ما قال . ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطإ لأن الخاطئ معذور . غير أن عند الشافعى يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه .

لم تتغلظ لما قلنا) أقول : لقائل أن يقول : إذا لم يثبت التغليظ إلا فى الإبل خاصة ينبغى أن لا يصح القضاء بالدية من غير الإبل أصلا فى جناية شبه العمد . إذ قد ذكر فى أول هذا الكتاب ومرّ أيضا فى أوائل كتاب الجنايات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل ، فحيث لم يثبت التغليظ فى غير الإبل لم يصلح غيرها أن يكون دية فى شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر فى ديته وهو التغليظ ، فكيف يتم قول المصنف فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ ، فإن الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الإبل فى شبه العمد ، ولكن لا يثبت التغليظ فى غير الإبل بأن يزاد فى الدراهم على عشرة آلاف درهم وفى الدنانير على ألف دينار كما فصلوا فى الشروح فليتأمل فى التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعى به لروايته أن النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال) أقول : فيه شىء ، وهو أن ابن مسعود وإن روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله إلا أن عليا رضى الله عنه كان يقول : الدية فى الخطإ مائة من الإبل أرباعا : خمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون ابنة لبون ، وخمس وعشرون ابنة مخاض ، ذكره أبو يوسف رحمه الله فى كتاب الخراج . وذكر فى غاية البيان وغيرها من الشروح ، والمقادير لا تعرف إلا سماعا فكان كالمرفوع ، فصار ما رواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضى الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعى به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود . نعم كون ما رواه أليق بحالة الخطإ لكونه أخفّ يصلح أن يكون مرجحا لما رواه . وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة فى أسنان الإبل فى دية الخطإ . ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لأنه أوفق لموضوع دية الخطإ وهو التخفيف ، إلا أن قول المصنف ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطإ لأن الخاطئ معذور يشعر بأن هذا دليل مستقل وما قبله أيضا دليل مستقل ، وهذا ينافى ضم الثانى إلى الأول ليحصل به الرجحان . وبالجملة فى تحرير المصنف هنا نوع ركاكة ، وكأن صاحب العناية تنبه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف فى شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روى عن على رضى الله عنه ، لكن ما قلنا أخف فكان أولى بحال الخطإ لأن الخاطئ معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعى يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول : هنا كلام ، وهو أن قوله

قياسا لأنه يأبى التغليظ ، لأن عمد الإتلاف وخطأه فى باب الغرم سواء ، ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن التوقيف فيه . وقوله (لما بينا من قبل) يعنى فى أول كتاب الجنايات . قال (والدية فى الخطإ مائة من الإبل أخماسا) قيل منصوب بإضمار كان ، ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذى فى قوله فى الخطإ ، وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا فى سنها ، فقال ابن مسعود : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون حقة وعشرون جذعة . وبه أخذنا نحن والشافعى ، لأن ابن مسعود روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قضى فى قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود . وعن على أنه أوجب أرباعا : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، والمقادير لا تعرف إلا سماعا لكن ما قلنا أخف وكان أولى بحال الخطإ لأن الخاطئ معذور (قوله غير أن عند الشافعى) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعى : يعنى أنه يقضى بعشرين

(قوله لأنه يأبى التغليظ) أقول : ولئلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس .

قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي : من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بذلك . ولنا ما روى عن عمر رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم . وتأويل ماروى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك . قال (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة ، وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان)

هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به فى العناية وغيرها . والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق فى المأخذ ، لكن فيه إشكال ؛ إذ الظاهر أن ضمير به فى قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود . فبعد ذلك كيف يتم القول بأن عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض . والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافى الأخذ بقول ابن مسعود لأن ابن مخاض متعين فى قوله وإنما الذى يصلح أن يكون مأخذا لمذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك فى الموطإ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول : فى دية الخطإ عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر فى غاية البيان فليتأمل فى التوجيه (قوله ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح : فائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولى القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها

ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطإ (وقوله ومن العين) يعنى الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعنى وزن سبعة . وقال الشافعي : من الورق : أى الفضة اثنا عشر ألفا ؛ لما روى ابن عباس أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قضى بذلك . ولنا أن عمر رضى الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم» فتعارضا فيحتاج إلى تأويل ، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة ، وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضى الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه قال : روى عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم » ثم قال : وقد كانت الدراهم كذلك : يعنى إلى عهد عمر وذلك تناقض . والثانى أن وزن ستة يزيد عليه اثنى عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا . والجواب عن الأول أن المنقول كان فى ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة ، وعلى هذا يجوز أن يكون فى آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ . وعن الثانى أن شيخ الإسلام قال فى مبسوطه : يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئا ، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا ، وقوله (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة ، وقالا : منها) أى من هذه الأنواع الثلاثة وهى الإبل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل فى تفسير ذلك : قيمة كل بقرة خمسون درهما ، وقيمة كل شاة خمسة دراهم ، وقيمة كل حلة خمسون درهما ، قال المصنف : كل حلة ثوبان ، قيل هما إزار ورداء هو المختار . قال فى النهاية : وقيل فى ديارنا

(قوله والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطإ) أقول : الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول . قال الإتقانى : أى الحجة على الشافعي قول ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى . وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين ، إلى قوله : وعن الثانى أن شيخ الإسلام قال فى مبسوطه : يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئا ، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا) أقول : قال الزيلعى : وإذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة ، وما رويناه على وزن ستة استويا انتهى . ولعل هذا الحمل أوجه . وقال الزيلعى : كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة ، الواحد منها وزن عشرة ، والثانى وزن ستة ، والثالث وزن خمسة انتهى . قوله وزن عشرة : أى العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار . وقوله وزن ستة : أى العشرة منه وزن ستة دنانير . وقوله وزن خمسة : أى العشرة منه وزن خمسة دنانير (قال المصنف : وقالا : منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول : قوله مائتا بقرة خبر مبتدإ محذوف :

لأن عمر رضى الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها . وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء مجهولة المالية ولهذا لايقدّر بها ضمان ، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها فى غيرها . وذكر فى المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة أو مائتى بقرة لايجوز ، وهذا آية التقدير بذلك . ثم قيل : هو قول الكل فيرتفع الخلاف ، وقيل هو قولهما .

على قول أبى حنيفة كما هو المذكور فى كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتى فرس ، وعلى قولهما لايجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل انتهى . أقول : ليت شعرى ما بالهم صوّروا ظهور فائدة هذا الاختلاف فى هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة إنما مع كون ظهور فائدته فى غير هذه الصورة أظهر وأجلى . فإن للقاتل الخيار فى أداء الدية من أىّ نوع شاء من أنواع الدية لامن غير أنواعها كما صرحوا به ، فعلى قولهما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الأنواع الثلاثة المتفق عليها وهى الإبل والعين والورق ، وعلى قوله فى رواية كتاب الديات لايتمكن من أدائها إلا من هذه الأنواع الثلاثة (قوله وذكر فى المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة أو مائتى بقرة لايجوز ، وهذا آية التقدير بذلك ، ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف ، وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح : أورد قوله وذكر فى المعاقل : أى فى معاقل المبسوط شبهة على ما روى عن أبى حنيفة من أنه لاتثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة . ووجه ورودها أن محمدا ذكر فى المعاقل أنه لو صالح الولىّ من الدية على أكثر من ألفى شاة أومن مائتى بقرة أو من مائتى حلة لايجوز ولم يذكر الخلاف فيه ، وذلك دليل على أن الأصناف الثلاثة أيضا من الأصول المقدرة فى الدية عنده أيضا ، وذكر الجواب بوجهين : أحدهما يصحح الشبهة ويرفع الخلاف . وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما ، ثم إن صاحب العناية ردّ الوجه الأول منهما حيث قال: ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا انتهى . أقول :

قميص وسراويل . قال : وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولىّ القتيل على أكثر من مائتى بقرة أو غيرها على قول أبى حنيفة على ما هو المذكور فى كتاب الديات يجوز ، كما لو صالح على أكثر من مائتى فرس وعلى قولهما لايجوز كما لوصالح على أكثر من مائة من الإبل . وقوله (لأن عمر هكذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف : حدثنا ابن أبى ليلى ،عن الشعبى عن عبيدة السلمانى قال : وضع عمر بن الخطاب رضى الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشياه ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة (ولأبى حنيفة أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية) وهذه الأشياء ليست كذلك ، ولهذا لايقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالإتلاف أو غيره . فإن قيل : فالإبل كذلك ، أجاب بقوله (والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة) كما رويناها (وعدمناها فى غيرها) فإن قيل : فليلحق بها دلالة . قلنا : حتى يثبت أنها فى معناها من كل وجه (وقوله وذكر فى المعاقل) أى فى معاقل المبسوط : أورد هذا شبهة على ما روى عن أبى حنيفة من قوله ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة . ووجه ورودها أن محمدا ذكر فى المعاقل أنه لو صالح الولىّ من الدية على أكثر من ألفى شاة أو على أكثر من مائتى بقرة أو على أكثر من مائتى حلة لايجوز ولم يذكر الخلاف فيه . وذلك يدل على أن الأصناف الثلاثة أيضا من الأصول المقدرة فى الدية عنده أيضا . وذكر الجواب بوجهين : أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ، ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا . والثانى يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما ، وحمل بعض مشايخنا على أن فى المسئلة عنه روايتين .

أى وهى مائتا بقرة ، وكذا فى ألفا شاة ومائتا حلة (قوله إنما يظهر فيما إذا صالح القاتل الخ) أقول : فى الحصر كلام ، فإن القاضى لايحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، ولا يخير القاتل إلا فيها بخلاف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول : ضمير يقرر راجع إلى أحدهما (قوله لأنه يناقض رواية كتاب الديات) أقول : يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع

نقال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على على رضى الله عنه ومرفوعا إلى النبى عليه الصلاة والسلام . وقال الشافعى : مادون الثلث لايتنصف . وإمامه فيه زيد بن ثابت رضى الله عنه ، والحجة عليه مارويناه بعمومه ، ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل ، وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف فى النفس فكذا فى أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه .

ليس هذا بشىء لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم ، وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات إنما ينافى صحته لوتحققت صحة تلك الرواية وهى فى حيز المنع عند قائل ذلك الوجه . يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال فى جوابه بوجهين : أحدهما أنه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعنى رواية الخلاف غير صحيح ، بل الصحيح رواية كتاب المعاقل . والخلاف بينهم غير ثابت . بل هذه الأنواع : أعنى البقر والغنم والحلل فى الدية من الأموال المقدرة انتهى . وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعزيز فى كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة فى الكتاب . وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية : الوجه الأول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولهما انتهى . أقول : هذا لايصلح لدفع رده الوجه المزبور . وإنما يصلح لأن يكون جوابا آخر عن أصل الشبهة لأن مآله إلى أن يكون فى المسئلة عنه روايتان ويكون المروى فى إحداهما قوله الأول وفى الأخرى قوله الآخر الذى رجع إليه . وقد ذكره أيضا صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورد أحدهما حيث قال : وحمل بعض مشايخنا على أن فى المسئلة عنه روايتين انتهى . ومدار رده أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح . وذلك لايتصور إلا بأن ينحصر القول منه فى هاتيك المسئلة فيما ذكر فى المعاقل ، وإلا لا تتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم (قوله ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف فى النفس فكذا فى أطرافها وأجزائها

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على على ومرفوعا إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، والموقوف فى مثله كالمرفوع ، إذ لامدخل للرأى فيه . وقال الشافعى : مادون الثلث لايتنصف . قال فى النهاية : الصواب أن يقال : وقال الشافعى : الثلث ومادونه لايتنصف . وذكر فى ديات المبسوط : وكان زيد بن ثابت يقول : إنها تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها : يعنى إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء ، فإن زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ، ولذلك قال بعد هذا فى قول المصنف اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه . والصواب أن يقال : اعتبارا بها وبما فوق الثلث ، وفيه نظر لأنه قال فى شرح الكافى : قال محمد فى الأصل : بلغنا عن على أنه قال : دية المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس وفيما دون النفس . قال : وبذلك نأخذ ، ثم قال : وقال زيد بن ثابت : ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف ، وبه أخذ الشافعى ، وهذا يصحح قول المصنف . واحتجوا فى ذلك بأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية » وبما حكى عن ربيعة قال : قلت لسعيد بن المسيب : ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال : عليه عشر من الإبل : قلت : فإن قطع أصبعين منها ؟ قال : عليه عشرون من الإبل ، قلت : فإن قطع ثلاث أصابع ؟ قال : عليه ثلاثون من الإبل ، قلت : فإن قطع أربع أصابع ؟ قال : عليه عشرون من الإبل . قلت : سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها ؟ قال : أعراقى أنت ؟ فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت ، فقال : إنه السنة . وبه أخذ الشافعى وقال : السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والحجة عليه ما رويناه بعمومه ، وأن حالها أنقص من حال الرجل ؛ قال الله تعالى ـ وللرجال عليهن درجة ـ ومنفعتها أقل لاتتمكن من التزوج بأكثر من زوج واحد ، وقد ظهر أثر النقصان فى التنصيف فى النفس فكذا فى أطرافها وأجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث

إلى قولهما (قوله والصواب) أقول : مقول القول .

قال (ودية المسلم والذمى سواء) وقال الشافعي : دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم . وقال مالك : دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام « عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا . وللشافعي ما روى « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم » . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار » وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما ، وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر فى كتب الحديث ، وما رويناه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضى الله عنهم .

اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه . أقول : لقائل أن يقول : حاصل هذا التعليل القياس ، ولا مجال له فى هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية ، ولا يجرى القياس فى المقادير ما نصوا عليه . ثم إن صاحب العناية قال فى تعليل قوله فكذا فى أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل ، وتبعه العينى . أقول : للمانع أن يمنع بطلان اللازم إذ لامحذور فى مخالفة التبع الذى هو الأطراف للأصل الذى هو النفس فى بعض الأحكام ؛ ألا يرى أن القصاص يجرى بين الرجل والمرأة ولايجرى بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر فى كتاب الجنايات فلم لايجوز المخالفة بين النفس وما دونها فى حكم الدية أيضا .

وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل ، والحديث المروى نادر . ومثل هذا الحكم الذى يحيله عقل كل عاقل لايمكن إثباته بالشاذ النادر ، وقول سعيد إنه السنة يريد به سنة زيد ، فإن كبار الصحابة أفتوا بخلافه ، ولو كانت سنة الرسول عليه الصلاة والسلام لما خالفوها . قال (ودية المسلم والذمى سواء) دية الذمى كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم فى النفس وما دونها ، وكلامه على الوجه الذى ذكره واضح . وقد استدل الشافعي بقوله تعالى ـ لايستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ـ وبقوله تعالى ـ أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لايستوون ـ وبقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم » يدل على أن دماء غيرهم لاتتكافأ ، ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة ، وبالأنوثة تنقص الدية فبالكفر أولى ، وبأن الرقّ أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى . والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهما لايعارضان قوله تعالى ـ وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله ـ والمعهود من الدية الدية فى قتل المؤمن . وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة ، وعن المعقول بأن النقصان بالأنوثة والرقّ من حيث النقصان فى المالكية ، فإن المرأة تملك المال دون النكاح ، وكذلك الرقّ يوجب نقصان المالكية ، والذمى يساوى المسلم فى المالكية فكذلك فى الدية ، ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعزّ مما فى يده من المال ، والذمى يساوى المسلم فى ضمان ماله إذا أتلف ففى النفس أولى ، وإن لم يكن لنا فى المسئلة إلا ما روى الزهرى أن دية الذمى كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف ، وما روى عن علىّ رضى الله عنه لشهرته : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، وما روى عن ابن مسعود : دية الذمى مثل دية المسلم ، وما روى عكرمة عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الإبل » لكان لنا من الظهور فى المسئلة مالا يخفى على أحد .

(قوله ومثل هذا الحكم يحيله عقل كل عاقل) أقول : وهو أن يقل الأرش إذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفا (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول : الموقوف فى مثله كالمرفوع على ما مر مرارا ، إذ لامدخل للرأى فيه خصوصا فى مثل هذا الحكم الذى يحيله عقل كل عاقل ، ولو لم يكن سنةلما قاله زيد رضى الله تعالى عنه فالجواب الجواب (قوله والمعهود من الدية الدية فى قتل المؤمن) أقول : فيه أنه لادلالة على العهد ، ويجوز أن يكون الحديث مبيناً للمراد (قوله ففى النفس أولى) أقول : ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالأثر .

(فصل فيما دون النفس)

قال (وفى النفس الدية) وقد ذكرناه . قال (وفى المارن الدية . وفى اللسان الدية . وفى الذكر الدية) والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « فى النفس الدية . وفى اللسان الدية . وفى المارن الدية » وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم رضى الله عنه . والأصل فى الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى . أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف ، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول : فى الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبة لايزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد . وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو

(فصل الدية فيما دون النفس)

لما ذكر حكم الدية فى النفس ذكر فى هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لأن الأطراف تابعة للنفس فأتبع ذكر حكمها أيضا تحقيقا للمناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف) قال فى الكافى وغاية البيان : فقسنا عليه غيره إذا كان فى معناه انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الدية من المقدرات الشرعية والقياس لايجرى فيها على ما عرف

(فصل فيما دون النفس)

لما فرغ من ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها . قال (وفى النفس الدية وقد ذكرناه) وأعاد ذكر النفس فى فصل ما دون النفس تمهيدا لذكر ما بعده . وقوله ذكرناه : يعنى فى أوائل الجنايات ، ومعنى قوله فى النفس الدية : يجب الدية بسبب إتلافها ، كما يقال فى النكاح حل . ومنه قوله عليه الصلاة والسلام « فى خمس من الإبل السائمة شاة » . وقوله (وفى المارن الدية) يعنى فيما دون قصبة الأنف وهو مالان منه كل مالاثانى له فى البدن عضوا كان أو معنى مقصودا تجب بإتلافه كمال الدية . ومن الأعضاء ما هو إفراد كالأنف واللسان والذكر ، ومنها ما هو مزدوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديى المرأة والأنثيين والرجلين ، ومنها ما هو أربع كأشفار العينين . ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ، ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان (والأصل فى الأطراف أنه إذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا ، فى الآدمى على الكمال يجب كلّ الدية) وقيد المنفعة والجمال بالكمال . لأن غير الكامل لايجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود ؛ كما إذا قطع لسان الأخرس أو آلة الخصىّ والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لايجب القصاص فى العمد ولا الدية فى الخطإ ، لأنه لم يفوّت جنس منفعة ولا فوّت جمالا على الكمال . وإنما فيه حكومة عدل . وأما إذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية (لإتلافه كل النفس من وجه . وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى ، أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف . وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فإن كان جنس المنفعة أو الكمال قائما بعضو واحد فعند إتلافه يجب كمال الدية . وإن كان قائما بعضوين ففى كل واحد منهما نصف الدية ،

(فصل فيما دون النفس)

(قال المصنف : وفى النفس الدية) أقول : أى تجب الدية بسبب إتلافها ، فى للسببية (قوله كما إذا قطع لسان الأخرس ، إلى قوله : والعين العوراء والسن السوداء) أقول : من قبيل : * علفتها تبنا وماء باردا * إذ الواقع فى العين والسن القلع والكسر .

النطق ، وكذا فى قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة . ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف ، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان ؛ فبقدر مالا يقدر تجب ، وقيل إن قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال . وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لاتحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمى به ودفق الماء والإيلاج الذى هو طريق الإعلاق عادة ، وكذا فى الحشفة الدية كاملة . لأن الحشفة أصل فى منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له . قال (وفى العقل إذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه فى معاشه ومعاده (وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أوشمه أو ذوقه)

فالصواب عندى هنا أن يقال : فألحقنا به غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف ، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر مالا يقدر تجب) قال جمهور الشراح : والحروف التى تتعلق باللسان هى الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية : وفى كون الألف من ذلك نظر ، لأنه من أقصى الحلق على ماعرف انتهى . أقول : نظره ساقط إذ الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالألف والتاء والثاء وغيرها مما ذكروا هو الألفاظ التى يتهجى بها لا الحروف المبسوطة التى يتركب منها الكلم ، والذى من أقصى الحلق إنما هو الحرف الذى يقع جزء الكلم كما فى أول أخذ وأوسط سأل وآخر قرأ ، لا الحرف الذى يتهجى به وهو لفظ ألف إذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الأوسط الذى هو اللام ، فمنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم . كيف ولو كان مرادهم ماتوهمه لذكروا الهمزة بدل الألف كما لايخفى. فإن قلت : الألفاظ التى يتهجى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التى ركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف فى أول سورة البقرة ، وجمهور الشراح إنما عدوا الألف ونظائره من الحروف التى تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك

وإن كان قائما بأربعة أعضاء ففى كل واحد منها ربع الدية ، وإن كان قائما بعشرة ففى كل واحد منها عشر الدية ، وإن كان قائما بأكثر ففى كل واحد منها نصف عشر الدية ، وكلامه واضح . وقوله (قيل تقسم الدية على عدد الحروف) يعنى على جملة الحروف مما تعلق باللسان وغيره ، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان . قال فى النهاية : هى الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون ، وفى كون الألف من ذلك نظر لأنه من أقصى الحلق على ماعرف ، فما لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه مايخصه من الدية . روى «أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمان علىّ رضى الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث ، فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الأول ، وبه صححه شيخ الإسلام وبأن إقامة بعض الحروف وهو مالايفتقر إلى اللسان إن تهيأت بدون اللسان ، لكن الإفهام الذى هو المقصود لايتهيأ فيجب الامتحان بالجميع ، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس : فقيل إذا صدقه الجانى أو استحلفه على البتات ونكل ثبت قوامها ، وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك . فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والإنكار . فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادى ، فإن أجاب علم أنه يسمع . وحكى الناطقى عن أبى خازم القاضى أن امرأة تطارشت فى مجلس حكمه ، فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها فجأة : غطى عورتك ، فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها وظهر مكرها . وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين ، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق ، وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب . وذكر الطحاوى أنه يلقى بين يديه حية ، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره . وطريق معرفة الشم بأن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة ، فإن تفرعنها علم أنه

(قوله أو استحلف على البتات) أقول : أى لاعلى العلم لأنه فعل نفسه .

لأن كل واحد منها منفعة مقصودة ، وقد روى : أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر . قال (وفى اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية) لأنه يفوت به منفعة الجمال . قال (وفى شعر الرأس الدية) لما قلنا . وقال مالك : وهو قول الشافعى تجب فيهما حكومة عدل ، لأن ذلك زيادة فى الآدمى ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله ، واللحية بعضها فى بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب فى شعر العبد نقصان القيمة . ولنا أن اللحية فى وقتها جمال وفى حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما فى الأذنين الشاخصتين . وكذا شعر الرأس جمال ؛ ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف فى ستره . بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لايتعلق به جمال . وأما لحية العبد فعن أبى حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة . والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحرّ . قال (وفى الشارب حكومة عدل هو الأصح) لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها (ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شىء فى حلقه) لأن وجوده يشينه ولا يزينه (وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لأن فيه بعض الجمال (وإن كان متصلا ففيه كمال الدية) لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت . فإن نبتت حتى استوى كما كان لايجب شىء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه مالايحل . وإن نبتت بيضاء فعن أبى حنيفة أنه لايجب شىء فى الحرّ لأنه يزيد جمالا . وفى العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته . وعندهما تجب حكومة عدل لأنه فى غير أوانه يشينه ولا يزينه .

مايتهجى به من الألفاظ ؟ قلت : قد وقع فى عبارات المتقدمين إطلاق الحروف على تلك الألفاظ مسامحة استعمالا للحرف فى معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح هاهنا ، بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجى . فإن قلت : لم لم يريدوا بالحروف هاهنا الحروف المبسوطة التى يتركب منها الكلم ولم يخرجوا الألف من عداد الحروف التى تتعلق باللسان ؟ قلت : لعل سرّ ذلك أن الفائت من الحروف إنما يعرف بالامتحان ، والامتحان إنما يكون فى العادة بحروف التهجى كما وقع بها فى قصة علىّ رضى الله عنه ، وهى ماروى أن رجلا قطع طرف لسان رجل فى زمن علىّ رضى الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك ، ومالم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الأصل فى هذا الباب كما صرح به فى الشروح وغيرها ، فجروا هاهنا فى العبارة والإرادة على وفق ذلك تأمل تقف (قوله وإن كان متصلا ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول : يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافى سياق كلامه ، فإنه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ماكان متصلا ؛ فقوله لأنه

لم يذهب شمه . وقوله (لأن كل واحد منها منفعة مقصودة) يعنى ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر ، بخلاف قتل النفس حيث لايجب إلا دية واحدة لأن الأطراف تتبع النفس . أما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ماقيل لو مات من الشجة لم تلزمه إلا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت أولى ، فإن فى الموت استتباعا دون عدمه ، وعلى ذلك ماروى عن عمر كما ذكر فى الكتاب . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه يفوت به منفعة الجمال ، قالوا : لو حلق رأس إنسان أو لحيته لايطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات : فإن مات قبل مضىّ السنة ولم ينبت فلا شىء على الحالق ، وقالا : فيه حكومة ، وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير فى ذلك سواء . وقوله (كما فى الأذنين الشاخصتين) أى المرتفعتين وصفهما لدفع إرادة السمع . وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) هى رواية الحسن عن أبى حنيفة اعتبارا بالدية فى الحرّ لفوات الجمال (والتخريج على الظاهر) وهو أنه يجب نقصان القيمة . وقوله (هو الأصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا : يجب فيه كمال

(قوله يعنى ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس) أقول : الأولى إسقاط لفظ كل .

ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفى الحاجبين الدية وفى إحداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعى رحمهما الله تجب حكومة عدل . وقد مرّ الكلام فيه فى اللحية . قال (وفى العينين الدية . وفى اليدين الدية . وفى الرجلين الدية . وفى الشفتين الدية . وفى الأذنين الدية . وفى الأنثيين الدية) كذا روى فى حديث سعيد ابن المسيب رضى الله عنه عن النبىّ عليه الصلاة والسلام . قال (وفى كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبى عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم «وفى العينين الدية . وفى إحداهما نصف الدية » ولأن فى تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية . وفى تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية . قال (وفى ثديى المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفى إحداهما نصف دية المرأة) لما بينا . بخلاف ثديى الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفى حلمتى المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن (وفى إحداهما نصفها) لما بيناه . قال (وفى أشفار العينين الدية وفى إحداها ربع الدية) قال رضى الله عنه : يحتمل أن مراده الأهداب مجازا كما ذكره محمد فى الأصل للمجاورة كالراوية للقربة وهى حقيقة فى البعير ، وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهى منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب ، وإذا كان الواجب فى الكل كل الدية وهى أربعة كان فى أحدها ربع الدية وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ، ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة) لأن الكل كشىء واحد وصار كالمارن مع القصبة. قال (وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام « فى كل أصبع عشر من الإبل » ولأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهى عشر فتنقسم الدية عليها . قال (و الأصابع كلها سواء) لإطلاق الحديث ، ولأنها سواء فى أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال . وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشى فتجب الدية كاملة ، ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا قال (وفى كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ؛ فى أحدها

ليس بكوسج فى تعليل قوله وإن كان متصلا ففيه كمال الدية ينافى ذلك . والجواب أن مراده بقوله لأنه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وإن كان فى صورة الكوسج ، والذى قسم لحيته على ثلاثة أقسام فى سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقى

الدية لأنه عضو على حدة ويفوت به الجمال . وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعنى كما تجب الدية فى حلق الرأس واللحية خطأ فكذا إذا حلقهما عمدا . قيل وصورة حلقهما خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولىّ لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود إذا كان عمدا فما المانع عنه مع الإمكان . وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لاتثبت إلا بالنص أو دلالته ، ولا نص فى الشعور ، وليست فى معنى المنصوص وهو الجزوح لأنه لايحتاج فى تفويتها إلى الجراحة والضرب . ولا يتوهم فيها السراية كما تتوهم فى الجراحات ، وليس فيه إماتة ذى الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لايجوز قياسا . قال (وفى العينين الدية) الأصل الذى ذكرناه فى صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها . والأشفار جمع شفر بالضم . قال المصنف : يحتمل أن مراده الأهداب مجازا ، ولعله قال ذلك دفعا لتخطئة من خطأ محمدا فى إطلاق الأشفار على الأهداب ، قالوا : الأشفار منابت الشعر وهى حروف العينين وأطرافها ، والشعور التى عليها تسمى الهدب ، فقال المصنف : يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازا للمجاورة من ذكر المحل وإرادة الحال ، ويحتمل أن مراده الحقيقة ، فإن فى تفويت كل واحد من المحل والحال

(قوله وليس فيه إماتة ذى الروح) أقول : اى ليس فى الشعر روح .

ثلث دية الأصبع وما فيها مفصلان ففى أحدهما نصف دية الأصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع . قال (وفى كل سن خمس من الإبل) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه « وفى كل سن خمس من الإبل » والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا . ولما روى فى بعض الروايات : والأسنان كلها سواء . ولأن كلها فى أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدى والأصابع . وهذا إذا كان خطأ . فإن كان عمدا ففيه القصاص وقد مرّ فى الجنايات . قال (ومن ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها) لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحدبه) لأنه فوّت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لا شىء عليه) لزوالها لا عن أثر .

والصورى فلا منافاة (قوله والأسنان والأضراس كلها سواء) قال فى العناية : قالوا فيه نظر . والصواب أن يقال : والأسنان كلها سواء . أو يقال : والأنياب والأضراس كلها سواء . لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون : أربع منها ثنايا وهى الأسنان المتقدمة . اثنتان فوق واثنتان أسفل . ومثلها رباعيات وهى ما يلى الثنايا . ومثلها أنياب تلى الرباعيات . ومثلها

تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ماذكر فى الكتاب . وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع) يعنى أن عشر الدية الواجب بإزاء كل أصبع إنما هو بمقابلة مفاصلها . فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه ، وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه . وقوله (والأسنان والأضراس كلها سواء) قالوا : فيه نظر . والصواب أن يقال : والأسنان كلها سواء . أو يقال : والأنياب والأضراس كلها سواء ، لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون : أربع منها ثنايا وهى الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل . ومثلها رباعيات وهى ما يلى الثنايا . ومثلها أنياب تلى الرباعيات . ومثلها ضواحك تلى الأنياب . واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل ، وبعدها سن وهى آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل ، فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء . فإذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية ، وهى من الدراهم ستة عشر ألف درهم . وليس فى البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان ، ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص . وقوله (لأن المتعلق) يعنى الذى يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة . فإن قيل : لانسلم : أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية ، بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم فى حلق الحاجبين واللحية ، وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون الحصر فى غير موقعه. أجيب بأن الجمال مقصود فى عضو لايكون المقصود منه المنفعة ، وأما إذا كان فالجمال تابع : ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية . لأن المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال ، فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا ، لأنه إذا كان تابعا عند الانفراد فلأن يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى . وقوله (لتفويت جنس المنفعة) يعنى منفعة النسل . وقوله (لأنه فوّت جمالا على الكمال) هو استقامة القامة . قيل وفى تفسير قوله تعالى ـ لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم ـ أى منتصب القامة وهى تزول بالحدوبة .

(قوله كما تقدم فى حلق الحاجبين) أقول : ولك ان تقول فى الحاجب منفعة ، فإنه يرد العرق عن العين ويفرقه ، ذكره الكاكى لكنه كلام على السند (قوله ألا يرى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول : ولك أن تقول : إنما لاتجب الدية فى اليد الشلاء لأن الزينة فيها ليست بكاملة ؛ ألا يرى أن الإنسان يتجمل بها عند من لايعرف حالها ، وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها ، وإذا لم تكمل الزينة لم يكمل الأرش بل وجب الحكومة (قوله فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا) أقول : لو كان تابعا لم يجب شىء بتفويته ، والله تعالى أعلم .

فصل فى الشجاج

قال (الشجاج عشرة : الحارصة) وهى التى تحرص الجلد : أى تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم

ضواحك تلى الأنياب . واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل . وبعدها سن وهى آخر الأسنان تسمى ضرس الحلم لأنه يتبت بعد البلوغ وقت كمال العقل. فلا يصح أن يقال: الأسنان والأضراس سواء لعوده ، إلى معنى أن يقال : الأسنان وبعضها سواء انتهى . أقول : فى هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل فى أوّله : والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن ما فى الكتاب خطأ ، وقيل فى آخره فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء ، وفيه تصريح بعدم صحة ما فى الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فإن عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيته فى علم البلاغة وله أمثلة كثيرة فى التنزيل منها قوله تعالى ـ حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ـ ومنها قوله تعالى ـ من كان عدوّ الله وملائكته ورسله وجبريل وميكال ـ فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ، ويعود حاصل معناه إلى أن يقال : الأضراس وما عداه من الأسنان سواء فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور . ثم إن قوله أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما فى الكتاب ، فإن الأضراس تعم الأنياب كما أفصح عنه فى المغرب حيث قال : الأضراس ما سوى الثنايا من الأسنان . وكذا ذكر فى النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والأنياب والأضراس سواء إلى أن يقال: وبعض الأضراس والأضراس كلها سواء لمثل ماذكر فى الإيراد على ما فى الكتاب ، فلا معنى لأن يكون ذلك صوابا دون ما فى الكتاب . نعم الأظهر فى إفادة المراد هاهنا أن يقال : والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث ، أو أن يقال : والأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر فى المبسوط .

(فصل فى الشجاج)

لما كان الشجاج نوعا من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله اسما وحكما ذكره فى فصل على حدة ، كذا فى الشروح . قلت : لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل فى قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التى هى نوع من أنواع مادون النفس فى فصل وذكر سائر أنواعه التى ستجىء فى الفصل الآتى فى فصل آخر أيضا لكان أحسن وأوفق لما هو المعتاد فى نظائره كما لايخفى (قوله والدامعة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهى التى تسيل الدم) أقول : تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذى ذكره المصنف ، وإن وقع فى كثير من الكتب المعتبرة من الفقه كالبدائع والكافى وعامة الشروح واقتضاء ترتيب القدورى فى مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به فى شرحه لمختصر الكرخى ، إلا أنه منظور فيه عندى لأنه مخالف لما ذكر فى عامة كتب اللغة الموثوق بها ، فإنه قال فى المغرب : الدامعة من الشجاج هى التى يسيل منها الدم كدمع العين ، وقبلها الدامية وهى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى . وقال فى الصحاح : والدامعة من

(فصل فى الشجاج)

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكره فى فصل على حدة . قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لابد منه للشجة ، وبعد القطع إما أن يظهر الدم أو لا ، الثانى هو الحارصة . والأول إما أن يسيل الدم بعد

(فصل فى الشجاج)

(قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول : فيه أن الخدش لايطلق عليه القطع فى المتعارف ، والموجود فى الثلاث الأول ذلك .

ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم (والباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه (والمتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم (والسمحاق) وهى التى تصل إلى السمحاق وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهى التى توضح العظم أى تبينه (والهاشمة) وهى التى تهشم العظم: أى تكسره (والمنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر: أى تحوّله (والآمة) وهى التى تصل إلى أم الرأس وهو الذى فيه الدماغ. قال (ففى الموضحة القصاص إن كانت عمدا) لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فى الموضحة» ولأنه يمكن أن ينتهى السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص. قال (ولا قصاص فى بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حدّ ينتهى السكين إليه. ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه، وهذا رواية عن أبى حنيفة. وقال محمد فى الأصل وهو ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص. قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن إهداره فوجب اعتباره بحكم العدل،

الشجاج بعد الدامية. قال أبو عبيد: الدامية هى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم، فإذا سال منها الدم فهى الدامعة بالعين غير معجمة انتهى. وقال فى القاموس: والدامعة من الشجاج بعد الدامية اهـ. إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة، وسيجىء من المصنف التصريح بأن الحكم فى الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية فى الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض. ثم أقول: الصحيح المطابق للغة فى تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر فى المحيط البرهانى نقلا عن الطحاوى حيث قال فيه: اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهى التى تشق الجلد مأخوذ من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه فى الدق ولا تدميه، ثم الدامية وهى التى تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم، هكذا ذكره الطحاوى وذكر شيخ الإسلام: هى التى تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلا أو غير سائل، ثم الدامعة وهى التى تدمى وتسيل الدم، هكذا ذكر الطحاوى فى كتابه. وذكر شيخ الإسلام: هى التى تسيل الدم أكثر مما يكون فى الدامية من السيلان مأخوذ من دمع العين، فكأنها سميت بهذا الاسم لأن الألم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الألم، إلى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباضعة وهى التى تبضع الجلد: أى تقطعه) أقول: فى تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور، وإن تابعه صاحب الكافى وكثير من

الإظهار أو لا، والثانى هو الدامعة. والأول إما أن يقطع بعض اللحم أو لا، والثانى هو الدامية. والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذى بينه وبين العظم أو لا، والثانى هو الباضعة. والأول إما أن أظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أو لا، والثانى هو المتلاحمة. والأول إما أن يقتصر على الإظهار أو يتعدّى، والأول هو السمحاق، والثانى إما أن يقتصر على إظهار العظم أو لا، والأول هو الموضحة، والثانى إما أن يقتصر على كسر العظم أو لا، والأول هو الهاشمة، والثانى إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلدة التى بين العظم والدماغ أو لا، والأول هو المنقلة، والثانى هو الآمّة وهى العاشرة، ولم يذكر ما بعدها وهى الدامغة بالغين المعجمة، وهى التى تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجىء فى الكتاب. وليس الكلام فيه، فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر فى الكتاب، وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها، ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح. قوله (ولأن فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمّة. وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق.

(قوله والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذى بينه وبين العظم) أقول: ضمير بينه راجع إلى الجلد فى قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثانى وهو الباضعة، أقول: الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هى التى تقطع الجلد. (قوله والأول إما أن يقتصر على الإظهار)

وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز. قال (وفى الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية ، وفى الهاشمة عشر الدية ، وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية، وفى الآمة ثلث الدية ، وفى الجائفة ثلث الدية الدية ، فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قال « وفى الموضحة خمس من الإبل . وفى الهاشمة عشر ، وفى المنقلة خمسة عشر . وفى الآمة » ويروى « المأمومة ثلث الدية » وقال عليه الصلاة والسلام « فى الجائفة ثلث الدية » وعن أبى بكر رضى الله عنه أنه حكم فى جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثى الدية . ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر وفى كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية . وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال : هى التى يتلاحم فيها الدم ويسودّ . وما ذكرناه بدءا مروى عن أبى يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم . وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهى التى تصل إلى الدماغ .

المتأخرين فيه ، لأن قطع الجلد متحقق فى الصورة الأولى أيضا سيما فى الدامعة والدامية . إذ الظاهر ان شيئا من إظهار الدم وإسالته لا يتصور بدون قطع الجلد . وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد فى كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة . فالظاهر فى تفسير الباضعة ما ذكر فى المحيط والبدائع حيث قال فى المحيط : ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم : أى تقطعه . وقال فى البدائع : والباضعة هى التى تبضع اللحم : أى تقطعه انتهى . ويعضد ذلك ما وقع فى معتبرات كتب اللغة ، فإنه قال فى المغرب : وفى الشجاج الباضعة وهى التى جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى . وقال فى الصحاح : والباضعة : الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى إلا أنه لا يسيل الدم انتهى . وقال فى القاموس : والباضعة : الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمى إلا أنها تسيل انتهى . لا يقال : فعلى هذا تشتبه الباضعة بالمتلاحمة ، فإنه قال فى الكتاب : والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم ، وهذا فى المآل عين مانقلته عن المحيط والبدائع فى تفسير الباضعة . لأنا نقول : من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر فى الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا . وعن هذا قال فى المحيط : ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم : أى تقطعه . قال شيخ الإسلام : ولا تنزع شيئا من اللحم . ثم المتلاحمة وهى التى تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم ، إلى هنا لفظ المحيط . وقال فى البدائع : والباضعة هى التى تبضع اللحم : أى تقطعه ، والمتلاحمة هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى . وقال فى المغرب : والمتلاحمة من الشجاج هى التى تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها : أى تتلاءم وتتلاصق اهـ . وقال فى الصحاح : والمتلاحمة : الشجة التى أخذت فى اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى . وقال فى القاموس : وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى (قوله وفى الجائفة ثلث الدية) قال فى الإيضاح : الجائفة ما اتصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه ، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذى إذا وصل إليه الشراب كان مفطرا ، وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى . وقال فى النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك : فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا ، وكذا

والمسبار ما يسبر به الجرح : أى يقدر قدر غوره بحديدة أو غيرها ، والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهى الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل ، وأما على روايته فقد قال : يجب القصاص فيما فوق الموضحة . وقوله (وفى الجائفة ثلث الدية) قال فى الإيضاح : الجائفة ما اتصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين ، والاسم دليل عليه ، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذى إذا وصل إليه الشراب كان مفطرا ، وما فوق ذلك فليس بجائفة . قال فى النهاية : فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا ، وذلك لأن الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن . وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى) يعنى يرجع إلى مأخذ الاشتقاق ، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان

أقول : أى إظهار الجلدة الرقيقة (قال المصنف : وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة الخ) أقول : وعلى ما ذكره محمد تبقى التى تأخذ

وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا فى الغالب لاجناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة . ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة . وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة . والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح ، حتى لو تحققت فى غيرهما نحو الساق واليد لايكون لها أرش مقدر . وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيما يختص بهما . ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة . والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما . وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك ، حتى لو وجد فيهما مافيه أرش مقدر لايجب المقدر . وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة . ولامواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة . وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا .

قال فى العناية نقلا عن النهاية . أقول : نعم على ماذكر فى الإيضاح يكون الأمر كذلك ، إلا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد : وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أوجوف البطن : يعنى أنها لما تناولت ما فى جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما إذا وقعت فى الرأس فتدخل فى مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلايكون ذكرها فى فصل الشجاج مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال فى النهاية ومعراج الدراية : وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا على ماذكرنا من رواية الإيضاح انتهى . أقول : ليس لهذا الكلام وجه . إذ لا شك أن كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل فى الوجه ، لأنهم صرحوا فى أول كتاب الطهارة بأن حدّ الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتى الأذن ، لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها ، وقد صرح الشراح فيما سيأتى فى هذا الفصل حتى صاحبا النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضا بأن الذقن من الوجه بلا خلاف ، والعظم الذى تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك . فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل . فبعد ذلك مامعنى أن يقال : وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا ، وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضى المغايرة لامحالة (قوله ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء : دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة . فى قوله ولأنه تسامح انتهى . أقول : إن أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع ، وإن أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرش مقدر فى الجراحة التى فى غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز إلحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم . ولكن قوله فى قوله ولأنه تسامح ممنوع ، لأن قوله لأن التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر فى الجراحة الكائنة فى غير الوجه والرأس . ولما كان قوله ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ دليلا على ذلك أيضا أصالة كان حق الأداء أن يقال : ولأنه بلا تسامح أصلا ، ولعل ذلك البعض إنما غرّه تقرير صاحب الكافى هاهنا حيث قال : لأن الأثر بالتقدير جاء فى الشجاج فى الرأس والوجه وغيرهما ليس فى معناهما حتى يلحق بهما ، لأنه إنما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذى يلحقهما ببقاء أثر الجراحة ، والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى . ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى (قوله إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة . وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال فى النهاية وفى مبسوط شيخ الإسلام : ويجب أن يفترض غسل اللحيين فى الطهارة لأنهما من الوجه على الحقيقة ، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع هاهنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى . وهكذا ذكر فى الكفاية ومعراج الدراية أيضا . وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال : قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا فى الطهارة . وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع هاهنا

إذا اتصل أحدهما بالآخر ، فالمتلاحمة ماتظهر اللحم ولا تقطعه ، والباضعة بعدها لأنها تقطعه . وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذى تحت الذقن . وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا فى الطهارة . وأجيب

من اللحم غير مذكورة ، إلا أن تتم الباضعة لها كما ذكره الإمام الزيلعى وغيره من الشراح (قال المصنف : ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ) أقول : دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة ، فى قوله ولأنه تسامح (قال المصنف : وهو العضوان هذان لاسواهما) أقول : اليد أيضا كذلك ، ثم الرأس يستر غالبا بالعمامة ، نعم كشفه أكثر من كشف سائر البدن .

وقالوا : الجائفة تختص بالجوف : جوف الرأس أو جوف البطن ، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى أن يقوّم مملوكا بدون هذا الأثر ويقوّم وبه هذا الأثر ، ثم ينظر إلى تفاوت مابين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية ، وإن كان ربع عشر فربع عشر . وقال الكرخى : ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية ، لأن مالا نص فيه يردّ إلى المنصوص عليه .

فصل

قال (وفى أصابع اليد نصف الدية) لأن فى كل أصبع عشر الدية على ما روينا ، فكان فى الخمس الدية نصف

فبقيت العبرة للحقيقة انتهى . واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : فى الجواب إشكال عندى لأن اللحيين إذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى ـ فاغسلوا وجوهكم ـ فيكون ترك وجوب غسلهما بالإجماع نسخا للكتاب بالإجماع ، وقد تقرر فى أصول الفقه أن الإجماع لاينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول : فيه كلام ، وهو أن الجائفة إن تناولت ما فى جوف الرأس أيضا فالتى فى جوف الرأس منها إن كانت من أحد الأنواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الأنواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها ، وإن لم تكن من أحد تلك الأنواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله فى صدر الفصل الشجاج عشرة ، إذ تكون الشجاج حينئذ إحدى عشرة ، اللهم إلا أن يقال : هى إحدى تلك الأنواع وهو الآمّة بدلالة كون حكمها ثلث الدية ، وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الأنواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذى فى جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذى فى جوف الرأس لكنه تعسف لايخفى .

(فصل فى الأطراف دون الرأس)

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : لايذهب على الناظر فى مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة فى الأطراف ، بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج ، وبعضها متعلقة بالقتل ، فالوجه المذكور إنما يتمشى فى بعض منها دون الكل ، فالأوجه عندى أن يقال : لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها فى باب على حدة فى مختصر الكرخى كما ذكر فى غاية البيان أوردها المصنف فى فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المارّين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات فى فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها ، إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفى أصابع اليد نصف الدية) أى فى أصابع اليد الواحدة نصف الدية ، إذ فى أصابع اليدين كمال الدية كما مر . أقول : لقائل

بأنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ، ولا إجماع هاهنا فبقيت العبرة للحقيقة . وقوله (ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين) مثاله إن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فأوجبت عشر الدية لأن قيمة الحر ديته . قال قاضيخان : والفتوى على هذا . وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة ، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة ، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة ، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة . قال شيخ الإسلام : هذا هو الأصح لحديث علىّ فإنه اعتبر حكومة العدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد.

(فصـــل)

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة (فى أصابع اليد نصف الدية) لأن فى كل

(فصل فى أصابع اليد)

(قال المصنف : فى أصابع اليد نصف الدية) أقول : ولا يعلم فيه خلاف .

ولأن فى قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مرّ (فإن قطعها مع الكفّ ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام « وفى اليدين الدية . وفى إحداهما نصف الدية » ولأن الكفّ تبع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد ففى الأصابع والكفّ نصف الدية ، وفى الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبى يوسف . وعنه : أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ . لأن الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع . ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكفّ والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين . ولأنه لاوجه إلى أن يكون تبعا للأصابع لأن بينهما عضوا كاملا . ولا إلى أن

أن يقول : لما ذكر فيما مرّ إن فى كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسئلة هاهنا مستدركا ، إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية ، فعلم قطعا مما مر أن فى أصابع اليد الواحدة وهى خمس أصابع نصف الدية ، ولولم يكف الاستلزام والاقتضاء فى حصول العلم بمسئلة بل كان لابد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضا أن فى الأصبعين عشرى الدية وفى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفى أربع أصابع أربعة أعشار الدية ، إلى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة فى الكتاب . ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك ، بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة إياها وهى قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية ، فالمقصود بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان فى الحكم ،وعن هذا قال فى الوقاية فى هذا المقام : وفى أصابع يد بلاكفّ ومعها نصف الدية (قوله ولأن فى قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر)يعنى أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على مامر ، ففى تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لامحالة . ثم إن جمهور الشراح قالوا : قوله على مامر إشارة إلى قوله ولأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهى عشرة فتقسم الدية عليها . أقول : فيه بحث ، إذ الظاهر أن قوله على مامر متعلق بقوله وهو الموجب لابما قبله ، وإلا لكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على مامر ،وإذا كان قوله على مامرمتعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح ، إذ ليس فى ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر . وقال صاحب الغاية هنا : قوله وهو الموجب على مامر : أى الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لاتفويت صورة الآلة على ما مر فى فصل فيما دون النفس اهـ . أقول : هذا أبعد مما ذهب إليه جمهور الشراح ، لأن بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لافائدة له أصلا فيما نحن فيه ، لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن فى قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة منفعتها بدون القطع حتى يتصوّر كون قول المصنف هاهنا على مامر إشارة إلى ماذكره فى فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية ، بخلاف مامر فى ذلك الفصل . فإن وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضوا فأذهب منفعته بدون أن يقطعه ، فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لاتفويت الصورة تأثير تام وفائدة ظاهرة هناك . ثم أقول : الأقرب إلى الحق عندى أن يكون قول المصنف هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره فى أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والأصل فى الأطراف أنه إذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى . اهـ . فإن الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة فى الأطراف تفويت جنس المنفعة أو إزالة الجمال المقصود فى الآدمى على الكمال فيناسب الإشارة إليه هنا بقوله على مامر فى قوله وهو الموجب على مامر (قوله ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكفّ والأصابع دون الذراع) أقول : لقائل أن يقول : الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل

أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « فى كل أصبع عشر من الإبل » وقوله (على مامرّ) إشارة إلى قوله

يكون تبعا للكفّ لأنه تابع ولا تبع للتبع . قال (وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية ، وإن كان أصبعين فالخمس ، ولا شيء فى الكفّ) وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : ينظر إلى أرش الكفّ والأصبع فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل فى الكثير لأنه لاوجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ، ولا إلى إهدار أحدهم لأن كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة . وله أن الإصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا ، لأن البطش يقوم بها ، وأوجب الشرع فى أصبع واحدة عشرا من الإبل ، والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان فى الكفّ ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء فى الكفّ بالإجماع) لأن الأصابع أصول فى التقوّم ، وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكفّ ، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها . قال (وفى الأصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للآدمى لأنه جزء من يده ، ولكن لامنفعة فيه ولا زينة (وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفى عين الصبىّ

واحد من الكفّ والأصابع مدخل فى البطش ، ومدلول قوله فيما قبلُ ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها أن يكون الباطش هو الأصابع لاغير ، فبين كلاميه فى المقامين نوع تدافع ، وكأن صاحب الكافى تفطن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال : لهما أن أرش اليد إنما يجب باعتبار أنه آلة باطشة ، والأصل فى البطش الأصابع والكفّ تبع لها ، أما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها فى حق التضمين انتهى . ثم أقول : يمكن التوفيق بين كلامى المصنف أيضا بنوع عناية ، وهو أن يقدر

ولأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ . وقوله (ولا تبع للتبع) يعنى وإذا لم يكن تبعا للأصابع ولا للكفّ وجب اعتباره على حدة إذ لاوجه لإهداره ، ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل . وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع ، فإن اليد إذا ذكرت فى موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما فى آية السرقة . وقوله (وإن قطع الكفّ من المفصل) واضح (وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعنى أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع ، أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع ، وأما من حيث الحكم فلأن الأصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك ، وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص ، وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأى ، وهو لايعارض النص فكان ماثبت فيه التقدير نصا أولى ، فإن المصير إلى الرأى ضرورة ولا ضرورة عند إمكان إيجاب الأرش المقدر شرعا . ولما كان الاعتبار عند أبى حنيفة لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين أن يكون الباقى من الأصابع واحدا أو أكثر لأن للأصبع الواحدة أرشا مقدرا فيجعل الكفّ تبعا للأصبع الواحدة ، وكذا المفصل الواحد من الأصبع فى ظاهر الرواية لأن له أرشا مقدرا ، ومابقى شيء من الأصل وإن قلّ فلا حكم للتبع . وقوله (فى الأصبع الزائد حكومة عدل) يعنى سواء قطع عمدا أو خطأ ، وسواء كان للقاطع أصبع زائدة أو لا ، أما إذا لم يكن فلأنه لا وجه إلى قطع أصبع أخرى فلا يجب القصاص ، كمن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام ولأن المساواة فى القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لأن قيمة الأصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الأصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما فى القيمة . وأما إذا كان له أصبع زائدة فلأن المساواة فى القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا إن الواجب فى قطع الزائد حكومة عدل وهى تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة . وقوله (لأنه جزء من يده ولكن لامنفعة فيه ولا زينة) قيل عليه إنه منقوض بما إذا كان فى ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم ينبت مثلها فإنه لم يجب حكومة عدل وإن كان الشعر جزءا من الآدمى بدليل أنه لايحل الانتفاع به . وأجيب بأن إزالة جزء الآدمى إنما توجب حكومة عدل إذا بقى من أثره ما يشينه كما فى قطع الأصبع الزائدة ، وإزالة الشعرات تزينه لا تشينه فلا توجبها ، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه . وقوله (وكذلك السن الشاغية) أى الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لأنه جزء من يده ،

(قوله وأجيب بأن إزالة جزء الآدمى الخ) أقول : وجوب الحكومة يدل على ذلك لأنها باعتبار النقص فى القيمة وذلك بالشين اللاحق به

وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعي : تجب فيه دية كاملة ، لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن . ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإن لم يعلم صحتها لايجب الأرش الكامل بالشك ، والظاهر لايصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة ، لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبي) لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطإ . قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات . وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر ، حتى لو نبت يسقط ، والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده .

المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش بها : أي لأن أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك ، لأن قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف أيضا بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع (قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات) أقول : فيه نظر ، إذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة في الدية لما تم ماسبق في فصل فيما دون النفس من أنه قد روى أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر ، فإنهم صرحوا بأنه لو مات من الشجة لم يلزمه إلا دية واحدة . فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم [1] في ضربة ذهب بها العقل إلا دية واحدة فليتأمل (قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) قال صاحب النهاية : أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لايجب شيء فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى . وقال صاحب العناية : قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية ، وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط : يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات ، كذا في النهاية ، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوما اهـ أقول : إن قوله وليس بمفتقر إليه لكونه معلوما ليس بشيء ، إذ لاريب أن كون وجوب أرش الموضحة بفوات جزء من

فإن السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الأسنان : يقال رجل أشغى وامرأة شغواء ، فإنها وإن كانت زائدة فهي نقصان معنى . وقوله (والظاهر لايصلح حجة للإلزام) إنما قيد بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام ، حتى لو أعتق صغيرا لايعلم صحة هذه الأعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة ، وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع . قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه) في هذا بيان أن الجزء قد يدخل في الكل قوله (فصار كما إذا أوضحه فمات) يعني من حيث أن ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد . وقوله (وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر) لبيان الجزئية . وقوله (حتى لو نبت) يعني الشعر (يسقط) يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات كذا في النهاية ، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوما . وقوله (وقد تعلقا) يعني أرش الموضحة والدية (بسبب واحد) وهو فوات الشعر لكن سبب الدية الكل فدخل

وقول الكرخي لايمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى (قال المصنف : وقال الشافعي : تجب دية كاملة) أقول : قال الكاكي : وبه قال أحمد والثوري لعموم الحديث . قلنا : خص منه لسان الأخرس انتهى . وفيه أنه لايدفع عموم حديث العين والذكر (قوله أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه الخ) أقول : قال العلامة الكاكي : وفيه تأمل ، إذ بعض أهل السنة قالوا : محل العقل القلب ، وبعضهم قالوا محله الرأس انتهى . فكان الأولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الأعضاء كما قاله المصنف ، فشرح كلامه بما ذكره لايطابق المشروح .

---

(١) (لم لايلزم) كذا بهامش الأصل .

وقال زفر : لايدخل لأن كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات . وجوابه ماذكرناه . قال (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا : هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر . وجه الأول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة ، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على مابينا .

الشعر لابمجرد تفريق الاتصال . والإيلام الشديد أمرخفيّ جدا غير معلوم بدون البيان والإعلام ، إذ كان الظاهر المتبادر مما ذكروا في فصل الشجاج أن لايشترط في وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بأن لاينبت بعد أصلا ، فإنهم قالوا : الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم : أي تبينه ثم بينوا حكمها بأنه القصاص إن كانت عمدا ، ونصف عشر الدية إن كانت خطأ ، ولا شك أن اسم الموضحة وحدّها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا ، فكان اشتراط أن لاينبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرشها أمرا خفيا محتاجا إلى البيان بل إلى البرهان ، ولهذا قال المصنف : وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط. وقال في الكافي : ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ، ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لايجب شيء . وقال في المبسوط : وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لايجب شيء إلى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية : قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء ، وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول انتهى . أقول : في قوله وهو أشمل بحث ، لأن المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد إنما هو فوات الشعر كما يرشد إليه قوله فدخل الجزء في الجملة ، لأن الجزئية إنما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لافي صورة ذهاب عقله بها ، وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا : يعني أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهوفوات الشعر ، لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى . ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية ، ، وهي صورة ذهاب شعر رأسه ، كما أن قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء مختص بالمسئلة الأولى وهي صورة ذهاب عقله ، فكيف يصح القول بأن القيل الثاني أشمل من الأول ؟ والوجه عندي أن يكون مراد المصنف بقوله ماذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لايخفى (قوله وجه الأول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة ، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء) قال في معراج الدراية : قال الهندواني : كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ماينقضه ، وهو أنه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد ، فلوكان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات ، والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ، ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى . أقول : كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب

الجزء في الجملة كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده . وقوله (وجوابه ما ذكرناه) قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول . وقوله (قالوا) يعني المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال في النهاية : ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة ، فينبغي أن يذكر محمدا مكان أبي يوسف كما هو في الإيضاح ، أو لايذكر أحدا أصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني ، وهذا الذي ذكره إذا كان خطأ ، وأما إذا كان عمدا يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر . وقوله (وجه الأول) هو أن أرش الموضحة لايدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام . وقوله (على ما بينا) يعني قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء.

ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل . والبصر ظاهر فلا يلحق به . قال (وفى الجامع الصغير : ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص فى ذلك) عند أبى حنيفة . قالوا : وينبغى أن تجب الدية فيهما (وقالا : فى الموضحة القصاص) قالوا : وينبغى أن تجب الدية فى العينين . قال (وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشلّ ما بقى من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه فى شىء من ذلك) وينبغى أن تجب الدية فى المفصل الأعلى وفيما بقى حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فاسودّ ما بقى) ولم يحك خلافا وينبغى أن تجب الدية فى السن كله (ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقى لم يكن له ذلك) لأن الفعل فى نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة . لهما فى الخلافية أن الفعل فى محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة فى إحداهما لاتتعدى إلى الأخرى ، كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود فى الأول والدية فى الثانى . وله أن الجراحة الأولى سارية والجزاء بالمثل، وليس فى وسعه السارى فيجب المال ، ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة ، وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطإ فى البداية ، بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه . وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع

بالمسئلة التى ذكرها الهندوانى كذلك ينتقض ما عدّه صحيحا من الفرق بتلك المسئلة ، فإن الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد ، مع أنه لم يدخل أرش اليد فى الدية ، وإن اعتبر العقل فى تلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار ، فلم لم يعتبر العقل فى مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا لمحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الأرش فى الدية كما فى السمع والبصر . وبالجملة ما عدّه الهندوانى صحيحا من الفرق هنا لايخلو عن الانتقاض أيضا فتأمل (قوله ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية : قيل يراد به الكلام النفسى بحيث لاترتسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم ، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا ، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففى جعله مبطنا نظر انتهى . أقول : يمكن أن المراد به هو الثانى ، والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس ، بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغى أن تجب الدية فى المفصل الأعلى وفيما بقى حكومة عدل) أقول : لقائل أن يقول : هذا يخالف وينافى ماذكره

وقوله (ووجه الثانى) يعنى قوله وعن أبى يوسف أن السمع والكلام مبطن ، قيل يراد به الكلام النفسى بحيث لاترتسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم ، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا ، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففى جعله مبطنا نظر . وقوله (وقالوا) يعنى المشايخ : أى قال المشايخ (ينبغى أن تجب الدية فيهما) أى فى العينين (والأرش فى الموضحة) وقالا : فى الموضحة القصاص (قالوا) أى المشايخ (وينبغى أن تجب الدية فى العينين) وقوله (لهما فى الخلافية) أى فيما إذا شجّ رجلا موضحة فذهبت عيناه ، قالا : يجب فى الموضحة القصاص وفى العينين الدية (وله) أى ولأبى حنيفة (أن الجراحة الأولى سارية) والجراحة التى تعمل قصاصا قد لاتكون سارية إذ ليس فى وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للأولى ، ولا قصاص بدون المماثلة (ولأن الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أى الثابتة حال الشجّ (وكذا المحل) أى محل الجنايتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة فى البداية نظرا إلى اتحادهما . وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه وتعدّى إلى غيره فقتله . ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحدا من حيث أن الثانى حصل من سراية الأول وهاهنا ليس كذلك ، فإن السراية إنما تكون بتعاقب الآلام وهو إنما يتحقق فى شخص واحد . قوله (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) جواب عما يقال : إذا قطع أصبع

لأنه ليس فعلا مقصودا . قال (وإن قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص فى شىء من ذلك) عند أبى حنيفة . وقالا هما وزفر والحسن : يقتص من الأولى وفى الثانية أرشها . والوجه من الجانبين قد ذكرناه . وروى ابن سماعة عن محمد فى المسئلة الأولى وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما فى النفس والبصر يجرى فيه القصاص ، بخلاف الخلافية الأخيرة لأن الشلل لاقصاص فيه ، فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلما . ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ؛ ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة فى نفسها ولا قود فى التسبيب ، بخلاف السراية إلى النفس لأنه لاتبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة . قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلاقصاص) إلا على رواية ابن سماعة (ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين) قال (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش فى قول أبى حنيفة ، وقال : عليه الأرش كاملا) لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى . وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبىّ فنبتت لايجب الأرش بالإجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبى يوسف أنه تجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها فى مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله) لأن هذا مما لايعتد به إذ العروق لاتعود (وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت) لأنها لاتعود إلى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم) لأنه تبين أنه استوفى بغير حق

فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الكل ، كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده فإن مقتضى ما أسلفه أن يجب فى الكل الدية ويدخل الجزء فى الكل على خلاف ما ذكره هاهنا ، اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره فى المقامين

رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على أصبع أخرى فقطعها يقتص للأولى دون الثانية ، فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ؟ ووجهه أن القطع الثانى إنما لم يورث الشبهة فى القصاص لأنه فعل مقصود ، وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود . فقوله (لأنه ليس فعلا مقصودا) الضمير فيه عائد إلى ذهاب العين بالسراية ، وبهذا التوجيه يندفع ما قال فى النهاية إن فى قوله لأنه ليس فعلا مقصودا نظرا ، وأن الصواب ماذكره فى الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره ، فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثانى فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ماذكر من الدليلين : الأول بالنسبة إلى الأول ، والثانى إلى الثانى (وقالا : وزفر) تركيب غير جائز ، ولو قال : وقالا هما وزفر كان صوابا . وقوله (والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شجّ رجلا موضحة فذهبت عيناه الخ . وقوله (أنه يجب القصاص فيهما) أى فى الشجة وذهاب البصر ، فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما فى الأول دون الثانى ، لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لايجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة ، بخلاف البصر فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة. وقوله (بخلاف الخلافية الأخيرة) يعنى قوله وإن قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى . وقوله (ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة فى نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبى حنيفة والقصاص فى الموضحة والأرش فى العينين عندهما . وقوله (فتآكلتا) أى صارتا واحدة بالأكل (فهو على الروايتين) أى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة (عن محمد) يعنى لاقصاص على المشهور ، وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة (وعن أبى يوسف أنه إذا قلع سن بالغ فنبت مكانها أخرى يجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل يقوّم وليس به هذا الألم ويقوّم وبه هذا الألم ، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة . وقوله (فنبتت سن الأول) يعنى بغير اعوجاج ، وإن نبت معوجا تجب حكومة عدل .

لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية . ولهذا يستأنى حولا بالإجماع ، وكان ينبغى أن ينتظر اليأس فى ذلك للقصاص ، إلا أن فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه تنبت فيه ظاهرا ، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق ، إلا أنه لايجب القصاص للشبهة فيجب المال . قال (ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجله القاضى سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا . وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لاتورث المنقلة . أما التحريك فيؤثر فى السقوط فافترقا

على اختلاف الروايتين فى المسئلة ، ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال : وذكر الصدر الشهيد فى الجامع على نحو ما ذكر هنا ، وذكر فخر الإسلام البزدوى فى مبسوطه : أجمعوا على أنه لو قطع مفصلا من أصبع فشل الباقى فإنه يجب فى الكل الأرش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر (قوله ولهذا يستأنى حولا بالإجماع) أى يؤجل سنة بالإجماع . وذكر فى التتمة أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح ، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل ، إلا أن قبل البرء لايقتص ولا يؤخذ الأرش لأنه لايدرى عاقبته انتهى . قال صاحب العناية بعد نقل ذلك إجمالا : وليس بظاهر ، وإنما الظاهر ما قال المصنف ، لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان ، فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر فى إنباته . وقال ولكن قوله بالإجماع فيه نظر ، لأنه قال فى الذخيرة : وبعض مشايخنا قالوا : الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ والصغير جميعا لقوله عليه الصلاة والسلام « فى الجراحات كلها يستأنى حولا » وهو كما ترى ينافى الإجماع انتهى . أقول : نظره ساقط ، لأن الذى ينافى الإجماع مما نقله عن الذخيرة إنما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا : أى مفهوم المخالفة ، لكن مفهوم ذلك إنما هو عدم إجماع المشايخ لاعدم إجماع المجتهدين . ومراد المصنف بالإجماع فى قوله ولهذا يستأنى حولا بالإجماع إنما هو إجماع المجتهدين دون إجماع المشايخ ، وانتفاء أحد الإجماعين لايستلزم انتفاء الآخر ؛ ألا يرى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون فى رواية المسئلة عن المجتهدين ، فبعضهم يروى اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها ، وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل ، كما يشعر به ماذكر فى غاية البيان ، فإنه قال فيها : ونقل الناطفى فى الأجناس عن نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف : رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولا ، وإنما أنتظر بسن الصبى وأقضى عليه بأرشها ، وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر ، وإلى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره . وقال الناطفى أيضا . قال فى المجرد : لو نزع سن صبى ينبغى للقاضى أن يأخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم

(قوله ولهذا يستأنى حولا) أى يؤجل سنة (بالإجماع) وقال فى التتمة : حتى يبرأ موضع السن لاالحول هو الصحيح ، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل قبله وليس بظاهر ، وإنما الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ، ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان ، فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر فى إنباته ، ولكن قوله بالإجماع فيه نظر ، لأنه قال فى الذخيرة : وبعض مشايخنا قالوا : الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم فى الجراحات كلها « يستأنى حولا » وهو كما ترى ينافى الإجماع . وقوله (فاختلفا قبل السنة) أى قال المضروب إنما سقط سنى بضربك وقال الضارب بسبب آخر . وقوله (ليكون التأجيل مفيدا) يعنى أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر ، فلو لم يقبل قوله كان

(قوله وبعض مشايخنا قالوا : الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ) أقول : يعنى بعض المشايخ قالوا : الاستيناء حولا إنما هو فى الصغير ، وأما فى البالغ فلا يستأنى (قوله لقوله عليه الصلاة و السلام فى الجراحات كلها «يستأنى حولا ») أقول : اعلم أن فى سن الصبى يستأنى حولا بالاتفاق ، وفى سن البالغ خلاف أبى يوسف ، والتفصيل فى غاية البيان ، ثم لايخفى عليك أن ما ذكره الشارح لايدل على نفى الإجماع

(وإن اختلفا فى ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذى وقته القاضى لظهور الأثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط لاشىء على الضارب) وعن أبى يوسف أنه تجب حكومة الألم . وسنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودّت يجب الأرش فى الخطإ على العاقلة وفى العمد فى ماله ، ولا يجب القصاص) لأنه لايمكنه أن يضربه ضربا تسودّ منه (وكذا إذا كسر بعضه واسودّ الباقى) لا قصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمرّ أو اخضرّ) ولو اصفرّ فيه روايتان . قال (ومن شجّ رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش) عند أبى حنيفة لزوال الشين الموجب . وقال أبو يوسف : يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل ، لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه . وقال محمد : عليه أجرة الطبيب ، لأنه إنما لزمه الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله ، إلا أن أبا حنيفة يقول : إن المنافع على أصلنا لاتتقوّم إلابعقد أو بشبهة ، ولم يوجد فى حق الجانى فلا يغرم شيئا .

نزع سنه ، فإذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له . وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا . وإليه ذهب القدورى والسرخسى وغيرهما ، إلى هنا لفظ الغاية . والظاهر أن المصنف أيضا ذهب إليه فقال : ولهذا يستأنى حولا بالإجماع من غيرفرق بين الصبىّ والبالغ ، وادعى الإجماع أخذا بما ذكر فى المجرد بدون رواية خلاف أحد من المجتهدين . والعجب من صاحب العناية أنه جعل ماذكر فى الذخيرة منافيا للإجماع ولم يجعل ماذكر فى التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته إياه أظهر على تقدير حمل الإجماع على إجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور . وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحبا الكفاية ومعراج الدراية : قوله ولهذا يستأنى حولا بالإجماع يخالف رواية التتمة (قوله ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش فى الخطإ على العاقلة وفى العمد فى ماله) قال فى الذخيرة والمحيط : أوجب محمد كمال

التأجيل وعدمه سواء . وقوله (وإن اختلفا فى ذلك) أى فى سقوط السن بعد السنة . وقوله (وسنبين الوجهين) أى وجه قوله لا شىء على الضارب ووجه حكومة الألم . وقوله (يجب الأرش كاملا) وقوله (لما ذكرنا) يعنى قوله لايمكنه أن يضربه ضربا يسودّ منه ، ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الأضراس التى لاترى أو من الأسنان التى ترى . وقالوا : يجب أن يكون الجواب على التفصيل ، فإن كانت من الأضراس فالمعتبر فى وجوب كمال الأرش فقد منفعة المضغ بالأسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل ، وإن كانت مما يرى فالأمر بالعكس ، ولم يذكر الاصفرار وهو كالأسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الأرش وعند آخرين حكومة عدل لأنه لم يفوّت جنس منفعة السن ولا فوّت الجمال على الكمال لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان فى بعض الإنسان ، وإنما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة ، بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لأنها لاتكون لون الإنسان بحال فكان مفوّتا للجمال على الكمال إذا كانت بادية . قال (ومن شجّ رجلا فالتحمت) كلامه ظاهر ، وتعليل أبى حنيفة وأبى يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا . وقوله (إلا أن أبا حنيفة يقول : إن المنافع الخ) جواب عن قول أبى يوسف فالألم الحاصل ما زال ، وعن قول محمد إنما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الألم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك ، والمنافع على أصلنا لا تتقوّم إلا بعقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة ، أو بشبهته كالإجارة

فى سن البالغ إلا بتكلف (قال المصنف : وإن اختلفا فى ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله الخ) أقول : هذا لايدل على كون القول للضارب إذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها ، ويثبت ذلك بالبينة أو بالنكول (قوله دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول : ضمير ففيه راجع إلى الجمال (قوله وإن كانت مما ترى فالأمر بالعكس) أقول : مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع فى العضو الذى يقصد منه المنفعة (قال المصنف : وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : عليه أرش الألم) أقول : يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه . وبقوله فيما سبق فى موضعين : وعن أبى يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الألم من المنافع) أقول : فيه تأمل (قال المصنف : وقال محمد : وعليه أجرة الطبيب) أقول : وعليه ثمن الأدوية لكنه غلب الأول على الثانى لاطراده دونه .

قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب) معناه : إذا بق أثر الضرب . فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى فى الشجة الملتحمة . قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد) لأن الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وإنما بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف فى النفس كأنه قتله ابتداء . قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال اعتبارا بالقصاص فى النفس . وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « يستأنى فى الجراحات سنة » ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحالها لأن حكمها فى الحال غير معلوم فاعلها تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل وإنما يستقر الأمر بالبرء . قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل . وكل أرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العواقل عمدا » الحديث . وهذا عمد .

الأرش باسوداد السن ، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التى لاترى أو من العوارض التى ترى . قالوا : يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التى لاترى ، إن فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملا ، وإلا يجب حكومة العدل ، وإن كان السن من العوارض التى ترى وتظهر يجب كمال الأرش بالاسوداد ، وإن لم تفت منفعته لأنه فوّت جمالا على الكمال انتهى . وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم إلى الذخيرة فقط ، وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثانى من التفصيل أنه مخالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع فى العضو الذى يقصد منه المنفعة انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة فى الأسنان التى ترى ليست بمقصودة منها بالذات وإن حصلت فيها أيضا فى الجملة ، وإنما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للإنسان ، وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا إنما هو فى الأعضاء التى يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العواقل عمدا » الحديث) قال صاحب الغاية : فيه نظر ، لأنه من كلام ابن عباس والشعبى وقد مر آنفا انتهى . أقول : هذا النظر فى غاية السقوط . أما أوّلا فلأن هذا الحديث كما روى موقوفا عن ابن عباس والشعبى ، روى أيضا مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافى حيث قال : والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا و لا مادون أرش الموضحة » انتهى . وكذا نص عليه المصنف فى كتاب المعاقل بهذا المنوال ، فكان من كلام النبى صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا إليه بلا ريب ، وهذا يكفى فى صحة عبارة المصنف هنا كما لايخفى . وأما ثانيا فلأنه على ما روى موقوفا أيضا يحمل على الرواية عن النبى عليه الصلاة والسلام لأنه مما لايعلم بالرأى بل يتوقف على السماع ، ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابى عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ماتقرر فى علم الأصول ومرّ فى الكتاب مرارا ، فصح قول المصنف فى حق هذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام

الفاسدة والمضاربة الفاسدة ، ولم يوجد شىء من ذلك فى حق الجانى فلا يغرم شيئا . وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعنى إذا ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرئ منها وبق أثر الضرب فعليه أرشه ، وإن لم يجرحه فلا شىء عليه بالاتفاق ، وإن لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى فى الشجة المتلحمة وهو سقوط الأرش عند أبى حنيفة ، ووجوب أرش الألم عند أبى يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد . وقوله (لأن الجناية من جنس واحد) لكون كل واحد منهما خطأ ، وقد تقدم أقسام هذه المسئلة . وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح .

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول : فى أول فصل : ومن قطع يد رجل خطأ .

غير أن الأول يجب فى ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد . والثانى يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن فى البيع . قال (وإن قتل الأب ابنه عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) وقال الشافعى رحمه الله : تجب حالة لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالا ، والتأجيل للتخفيف فى الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ، ولأن المال وجب جبرا لحقه ، وحقه فى نفسه حالّ فلا ينجبر بالمؤجل . ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطإ وشبه العمد ، وهذا لأن القياس يأبى تقوّم الآدمى بالمال لعدم التماثل ، والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة ، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جناية اعترف بها الجانى فهى فى ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روينا ، ولأن الإقرار لا يتعدى المقرّ لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر فى حق العاقلة . قال (وعمد الصبىّ والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة ،

على كل حال . والعجب من صاحب الغاية أنه قال : وقد مر آنفا ، والذى مر منه آنفا يصير جوابا عن نظره هذا فإنه قال هناك : روى محمد بن الحسن فى موطئه وقال : أخبرنا عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله عنهما قال «لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك» وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف ، فحمل على أنه رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجزاف ، إلى هنا لفظه . وهذا صريح فى الجواب عن نظره هاهنا كما لا يخفى (قوله غير أن الأول يجب فى ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد) أقول : إن قيد ابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد ، لأن المصنف قال فى أوائل كتاب الجنايات أثناء بيان أن من موجبات شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة : والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة ، فلو كان الأول هاهنا مالا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة على مقتضى الأصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل فى ماله كما صرح به آنفا . فالوجه أن يترك قيد ابتداء هاهنا فيقال لأنه مال وجب بالقتل احترازا به عما وجب بالعمد كما فى القسم الثانى فإنه يجب حالا ، ولقد أصاب فيما بعد حيث قال : ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطإ وشبه العمد (قوله وإذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) قال صاحب العناية : كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى انتهى . أقول : اعتذاره هذا ليس بسديد . أما أولا فلأن ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع فى مختصر القدورى والبداية أيضا بدون بيان خلاف الشافعى أصلا ، فكيف يصلح بيان المصنف فى شرحه خلاف الشافعى لأن يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة فى متنه قبل مدة ومن ذكر القدورى إياه

وقوله (لأنه مال وجب بالقتل ابتداء) يعنى لا بعقد يحدث بعد . القتل كالصلح . وقوله (وإذا قتل الأب ابنه عمدا) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى . وقوله (لاسيما إلى زيادة) يعنى المعجل فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية وهو معروف ، فإيجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع ، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا لأنه تابع للقدر . وقوله (لما روينا) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم «لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا»

(قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمدا» الحديث) أقول : وفى الكفاية : ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة . قوله ولا عبدا : أى لا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس ، لأن الأطراف فى العبد يسلك بها مسلك الأموال ، والعاقلة لا تعقل الجنايات المالية ، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ فالقيمة على العاقلة لأنها بدل الدم ، ودم العبد لا يسلك به مسلك الأموال . وقد قيل : إن المراد أن العبد إذا جنى جناية فالمولى هو الذى يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى ، كذا فى الأوضح انتهى ، ورد فى القاموس ذلك وقال : لو أريد هذا المعنى لقيل : وعن عبد فإنه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى . وسيجىء جوابه على التفصيل (قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية ، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى) أقول : وجوبه فى ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية) أقول : قوله فى المالية متعلق بقوله زائد .

وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون (وقال الشافعى رحمه الله : عمده عمد حتى تجب الدية فى ماله حالة لأنه عمد حقيقة ، إذ العمد هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب فى ماله ، ولهذا تجب الكفارة به ، ويحرم عن الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل . ولنا ما روى عن علىّ رضى الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقال : عمده وخطؤه سواء ، ولأن الصبىّ مظنة المرحمة ، والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبىّ وهو أعذر أولى بهذا التخفيف . ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم بالعقل ، والمجنون عديم العقل والصبىّ قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم . وحرمان الميراث عقوبة ، وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ؛ ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم .

(فصل فى الجنين)

قال (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة وهى نصف عشر الدية) قال رضى الله عنه :

فى مختصره قبل سنين متكاثرة ، وهل يتفوّه العاقل بمثل ذاك الاعتذار . وأما ثانيا فلأن خلاف الشافعى ليس بمنحصر فى حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر ، بل خلافه متحقق فى حكم تلك الضابطة الكلية على الإطلاق ، فإنه لا يقول بالتأجيل فى العمد أصلا بل يخصصه بالخطإ كما يفصح عنه تعليله المذكور فى الكتاب ، وتلك الضابطة الكلية إنما هى فى العمد ، وحكمها التأجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الأول يجب فى ثلاث سنين ، فقصد بيان خلاف الشافعى لايقتضى إفراد حكم هاتيك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمشية للاعتذار المذكور أصلا .

(فصل الجناية فى الجنين)

لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمى من كل وجه شرع فى بيان أحكامها المتعلقة بالآدمى من وجه دون وجه وهو الجنين . بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسى فى أصوله أن الجنين مادام مجتنا فى البطن ليس له ذمة صالحة لكونه فى حكم جزء من الآدمى لكنه منفرد بالحياة معدّ لأن يكون نفسا له ذمة ، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ، وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه ، فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ، ولهذا لو انقلب

وقوله (عمده) أى عمد كل واحد منهم . وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أى بالمال ، وإنما قيد به لأنهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لايجب عليهما . وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أى ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعى (لأنهما يتعلقان بالقتل) فعلم بهذا أنهما مطالبان بموجب القتل ، فكذلك هاهنا لما تخلف عنهما أحد حكمى القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية فى ماله إذ الأصل ذلك .

(فصل فى الجنين)

عقب أحكام الأجزاء الحقيقية أحكام الجزء الحكمى وهو الجنين لكونه فى حكم الجزء من الأم (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية) غرّة المال خياره كالفرس والبعير النجيب ، وسمى بدل الجنين غرّة لأن

(فصل فى الجنين)

(قوله غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول : والعبد والأمة الفارهة

معناه دية الرجل . وهذا فى الذكر ، وفى الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم . والقياس أن لا يجب شىء لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق . وجه الاستحسان . ماروى أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قال « فى الجنين غرّة عبد أو أمة قيمته خمسمائة » ويروى « أوخمسمائة » فتركنا القياس بالأثر ، وهو

على مال إنسان فأتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولى (قوله وهذا فى الذكر وفى الأنثى عشر دية المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم) أقول : فى هذا التفصيل الذى ذكره بقوله وهذا فى الذكر وفى الأنثى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل ، لأن عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل فى المقدار بلا ريب ، إذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لامحالة ، وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم ، فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والأنثى فى مجرد العبارة ، وإنما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع فى كلام القدورى بقوله معناه دية الرجل فإنه كان يحتمل حينئذ نصف ، عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور ، وعن هذا فصل صاحب الكافى كما فصله المصنف ، ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شىء لأنه لم يتيقن بحياته) قال فى العناية وكثير من الشروح تتميما لما فى الكتاب ، وفعل القتل لا يتصوّر إلا فى محل هو حىّ فلا يجب الضمان بالشك انتهى . أقول : يرد على هذا البيان أنه إنما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزاء إتلاف عضو من الآدمى صالح للحياة كما يجب فى إتلاف سائر أعضائه شىء من الدية على مامر تفصيله . والأظهر فى البيان هنا ماذكر فى غاية البيان ثانيا بقوله ولأن الجنين فى حكم الأعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشه والأعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تتقوّم انتهى تدبر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : فإن قيل : الظاهر أنه حىّ أو معدّ للحياة . قلنا : الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ، ولهذا لا يجب فى جنين البهيمة إلا نقصان الأم إن تمكن اهـ . ورد بعض الفضلاء قوله أو معدّ للحياة فى تقرير السؤال حيث قال : كونه معدّا للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر انتهى . أقول : ليس بسديد ، فإن تيقن كونه معدّا للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء فى الرحم فحينئذ ينتفى استعداده للحياة ، ولقد أشار إليه فى النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط : ثم الماء فى الرحم ما لم يفسد فهو معدّ للحياة فيجعل كالحىّ فى إيجاب ذلك

الواجب عبد والعبد يسمى غرة . وقيل لأن غرة الشىء أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر فى باب الدية . قال المصنف (معناه) أى معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل ، وهذا فى الذكر وفى الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لأن نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف : والقياس ، وهو قول زفر أن لا يجب شىء لأنه لم تعلم حياته بيقين . وفعل القتل لا يتصوّر إلا فى محل هو حىّ فلا يجب الضمان بالشك . فإن قيل : الظاهر أنه حىّ أو معدّ للحياة . قلنا : الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب فى جنين البهيمة إلا نقصان البهيمة إن تمكن (وجه الاستحسان ما روى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « فى الجنين غرّة عبد أو أمة قيمته خمسمائة » ويروى « أوخمسمائة » فتركنا القياس بالأثر) روى الإمام المحبوبى أن زفر سئل عن هذه المسئلة

(قوله وقيل لأن غرة الشىء أوله) أقول : أول الشىء الذى يجب فى الآدمى الغرة وبعدها الدية ، لأنه قبل إيجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شىء (قال المصنف : قال معناه : دية الرجل : أى معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا فى الذكر ، وفى الأنثى عشر دية المرأة) أقول : فيه بحث ، فإن نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والأنثى . نعم يفرق بينهما فى جنين الأمة كما لا يخفى ، ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعى حيث قال : ولهذا وجب فى جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع وهو الغرة . وجوابه أنا لانسلم أن الغرة مقدرة بدية الأم بل بدية نفس الجنين أن لوكان حيا فيجب نصف عشر ديته إن كان ذكرا ، وعشر ديته إن كان أنثى ، فكذا فى جنين الأمة يجب بتلك النسبة من قيمته ، لأن كل ماكان هدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد ، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكرا ، وعشر قيمته إن كان أنثى انتهى (قوله إلا فى محل هو حى) أقول : أى هو حى يقينا (قوله قلنا : الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول : كونه معدا للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر ، والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما فى العلقة ، ولذا لم تعتبر الأعداد فى قصة زفر ، ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم فى كسر بيض الصيد عرف بالأثر على خلاف القياس .

حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعى (وهى على العاقلة) عندنا إذا كانت خمسمائة درهم .

الضمان بإتلافه كما يجعل بيض الصيد فى حق المحرم كالصيد فى إيجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهى على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين فى هذا المقام تحيروا فى توجيه هذا القيد : أعنى قوله إذا كانت خمسمائة درهم . فقال صاحب النهاية: قيد بهذا احترازا عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لاتبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخى . لكن هذا لايتضح لى لأن ما وجب فى جنين الأمة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة درهم على ما يجىء ، إلى هنا كلامه . وسائر الشراح أيضا ذكروا التوجيه الذى نقله صاحب النهاية عن خط شيخه ، وردّوه بما رده به صاحب النهاية . وقال صاحب الغاية : وقوله إذا كانت خمسمائة كأنه سهو القلم وينبغى أن يكون إذ بسكون الذال بلاألف بعدها ; يعنى أنها إنما تجب على العاقلة لأنها مقدرة بخمسمائة درهم ، والعاقلة تعقل خمسمائة ولاتعقل مادونها انتهى.وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد أن نقل التوجيه الأول مع رده حيث قال : قيل قيد به احترازا عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لاتبلغ خمسمائة .ورد بأن مايجب فى جنين الأمة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقيد بالبلوغ إلى خمسمائة على مايجىء. وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان فى الأصل إذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى. فكأنه ارتضى التوجيه الثانى . أقول : التوجيه الثانى أيضا مردود عندى ، إذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم ، فإنه ينتقض بما يجب فى جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة درهم فإنه على الضارب كما دونه لاعلى العاقلة كما صرحوا به آنفا حيث قالوا : إن ماوجب فى جنين الأمة فهو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه إلى خمسمائة درهم ، وينتقض بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة إلى خمسمائة درهم أيضا فيما فوقها ، فإن مثل ذلك كله فى مال القاتل كما مرّ فى الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضا . ثم أقول : هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو :

فقال : فية غرّة عبد أو أمة . فقال السائل : ولم والحال لايخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح ، فإن مات بضربة تجب دية كاملة وإن لم تنفخ فيه الروح لايجب شىء ، فسكت زفر . فقال له السائل : أعتقتك سائبة ، فجاء زفر إلى أبى يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر . فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال : التعبد التعبد : أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل ، وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان . وقال فى الذخيرة : قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفا . ويحتمل أنه رجع من أحدهما إلى الآخر ، والحديث المروىّ دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم .قيل وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لايثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا إلا من حيث اعتبار صفة المالية . وقوله (إذا كان خمسمائة درهم) قيل قيد به احترازا عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لاتبلغ خمسمائة . وردّ بأن ما يجب فى جنين الأمة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ماسيجىء . وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان فى الأصل إذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة .

(قوله فقال له السائل : أعتقتك سائبة) أقول : كانوا فى الجاهلية إذا أعتقوا على أن لاولاء للمعتق قالوا : أعتقته سائبة ، أو هو من سيب الماء : أى جريه ، وسيب الدابة : إهمالها (قوله وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان) أقول : أى الوجه الثابت بالاستحسان (قوله وقال فى الذخيرة : قوله وجه القياس) أقول : أى الوجه الثابت بالقياس (قوله قيل قيد به احترازا عن جنين الأمة) أقول : ولعل الأولى أن يقال : احترازا عنه ، فإن مايجب فيه ليس مقدرا بخمسمائة ، ومعنى قوله إذا كانت خمسمائة إذا كانت مقدرة بها شرعا (قوله إذا كانت قيمته لاتبلغ خمسمائة) أقول : قوله لاتبلغ خمسمائة : يعنى بأن لايكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة) أقول: المضاف مقدر : أى بعد البلوغ . ثم أقول : عدم بلوغ ما يجب فى الجنين إلى خمسمائة من الأمور المقررة الظاهرة إذا لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة إلى التقييد (قوله وكان فى الأصل إذ كان خمسمائة) أقول : قوله إذ بسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة) أقول: مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الأمة

وقال مالك: فى ماله لأنه بدل الجزء . ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرّة على العاقلة ، ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال « دوه » وقالوا : أندى من لا صاح ولا استهل الحديث ، إلا أن العواقل لاتعقل ما دون خمسمائة (وتجب فى سنة) وقال الشافعى رحمه الله : فى ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته . ولنا ماروى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال : « بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعله على العاقلة فى سنة »

أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقا بأن يكون معناه إذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين ، وهذا إنما يكون فى جنين الحرة ، فإن الواجب فى جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حيا إن كان ذكرا ، وعشر قيمته حيا إن كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك فى ماله لأنه بدل الجزء) أقول : فى تعليله نظر ، لأن مجرد كونه بدل الجزء لايقتضى كونه فى مال الجانى ، بل لابد من أن يكون البدل أقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم ، وقد مرّ قبيل هذا الفصل أن عمد الصبىّ والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة ، وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا . ويمكن أن يقال : إن مذهب مالك أن لايجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث الدية كما صرحوا به ، وما نحن فيه كذلك ، فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب ردّ المختلف على المختلف تأمل تقف (قوله ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال « دوه ») أقول : فى الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبىّ عليه الصلاة والسلام دية بحث ، فإنه عليه الصلاة والسلام سمى كثيرا من بدل الأعضاء والأجزاء دية ؛ ألا يرى إلى مامر فى فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضى الله عنه روى أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قال « فى النفس الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى المارن الدية » وهكذا كتب لعمرو بن حزم رضى الله عنه ، وكتب له أيضا « وفى العينين الدية ، وفى إحداهما نصف الدية » إلى غير ذلك ، فليتأمل فى الدفع (قوله إلا أن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة) قال صاحب الغاية : قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهى على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة ، وكأنه يقول : إذا كانت الغرّة أقل من خمسمائة درهم لاتعقله العاقلة . ولنا فيه نظر ، لأن فى جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلا لأن الواجب فى جنين الأمة على الضارب مطلقا انتهى . أقول : نظره ساقط لأن قول المصنف إلا أن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة إنما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا فى الروايات فمفهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعدا فى الجملة لأأنها تعقلها فى كل مادة حتى يرد النقض بالواجب فى جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لاعلى العاقلة . وقال صاحب العناية : قول المصنف إلا أن العواقل لاتعقل ما دون خمسمائة جواب عما يقال : الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة ، وأنتم قيدتم بقولكم إذا كانت

وقوله (فى ماله) أى فى مال الضارب (لأنه بدل الجزء) أى جزء الآدمى فصار كقطع أصبع من أصابعه . وقوله (دوه) أى أدّوا ديته ، أمر لمخاطب من الودى . وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال « كنت بين جاريتين لى فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا . فاختصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة : دوه ، فقال أخوها : أندى من لاصاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه يطل ؟ فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان » وفى رواية « دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه » الحديث ، ففيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة . وقوله (إلا أن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل

على العاقلة إذا بلغت قيمته دية الرجل ، فالمخلص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعا (قال المصنف : حيث قال « دوه ») أقول : يجوز أن يقول تعليلا لقوله قضى الخ ، أو لقوله سماه دية ، والثانى أقرب ، ويستفاد تعليل الأول منه أيضا (قوله أو بمسطح خيمة) أقول : أى عود من عيدان الخباء (قوله فقال أخوها : أندى من لاصاح ولا استهل) أقول : يعنى أنودى دية من لم يصح ولم يستهل : يعنى لم يرفع

ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول فى حق التوريث ، وبالثانى فى حق التأجيل إلى سنة ، لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة ، بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين

خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى . أقول : الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله : ورد بأن ما يجب فى جنين الأمة هو فى مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة ، إلا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه فى سقوط نظر صاحب غاية البيان آنفا . ثم أقول : فى تقرير مراد المصنف هنا خلل ، إذ لايتم حينئذ السؤال ولا الجواب . أما الأول فلأن مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسمائة درهم بالإجماع . فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضا على العاقلة حتى يتوجه أن يقال إنه ينافى تقييدكم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم . وأما الثانى فلأن الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف إلا أن العواقل لاتعقل مادون خمسمائة لأن يكون معمولا به فى مقابلة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره (قوله ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول فى حق التوريث وبالثانى فى حق التأجيل إلى سنة) أقول : لقائل أن يقول : لم لم يعكس الأمر : أى لم يعمل فى حق التأجيل بالشبه الأول وفى حق التوريث بالشبه الثانى ، وما لم يبين وجه ذلك لايتم المطلوب هاهنا . والأظهر فى تقرير التعليل هاهنا ماذكر فى الكافى أخذا من المبسوط حيث قال : ولأنه إذا كان بدل النفس من حيث أنه نفس مودعة فى الأم حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فلا يثبت من التأجيل إلا قدر المتيقن انتهى تدبر تفهم (قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة قال صاحب النهاية : هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب ، وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل : أى إذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر ، وفى بعض النسخ أو أكثر ، وفى بعضها وأكثر ، وكلاهما غير صحيح لأنه لايبقى بدلا حينئذ ، انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح . وقال صاحب العناية : قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ . وفى بعضها أو أكثر ، وفى بعضها وأكثر قال الشارحون : وكلاهما غير صحيح ، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وهو إنما يكون إذا كان الأكثر صفة لأقل أو بدلا منه ، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك إلى هنا لفظه . أقول : فيه شىء ، وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الأول تدافعا لايخفى ، اللهم إلا أن يكون مراده قصر الصحة على الأول من الرواية لامن حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع . وقال صاحب الغاية : وقوله أكثر بدون الواو العاطفة فى أوله على أن صفة لقوله أقل : أى إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية ،

على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت مايرد عليه من النظر . وقوله (لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ ، وفى بعضها أو أكثر ، وفى بعضها وأكثر . قال الشارحون : وكلاهما غير صحيح ، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل أو بدلا منه ، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا . وفى بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمقيد ، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك . وقوله (بخلاف أجزاء الدية ، لأن كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين) صورته أنه يشترك عشرون رجلا فى قتل رجل خطأ فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية

صورته عند الولادة (قوله وفى بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد الخ) أقول : يعنى غاية البيان . وأجاب فى الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا إلى سنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلا فى قتل رجل خطأ)

(ويستوى فيه الذكر والأنثى) لإطلاق ما روينا ، ولأن فى الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معانى الآدمية ولا تفاوت فى الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فإن ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لأنه أتلف حيا بالضرب السابق (وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرّة بإلقائها) وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى هذا بالدية والغرّة» (وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية فى الأم ودية فى الجنين) لأنه قاتل شخصين (وإن ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية فى الأم ولا شىء فى الجنين) وقال الشافعى : تجب الغرّة فى الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتا وهى حية . ولنا أن موت الأم أحد سببى موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك . قال (وما يجب

وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب فى سنة واحدة ، ولكن لنا فى التقييد بالأكثر نظر ، لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب فى سنة انتهى . ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال : وفى بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد ، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه . وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى : لكن التقريب إنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجبا فى سنة ، لأن الغرّة مقدرة بنصف العشر ، ولم يتعرض له لأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى . أقول : فيه نظر ، إذ لانسلم أنه إذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضا مؤجلا بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلا بأقل من سنة وبذلك لايتم التقريب كما لايخفى (قوله ولنا أن موت الأم أحد سببى موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت بالضرب

فى ثلاث سنين على مايجىء فى المعاقل . وقوله (ويستوى فيه) أى فى وجوب قدر الغرّة بأنه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لإطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم « فى الجنين غرّة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم » وقوله (ولأن فى الحيين) دليل معقول على التساوى بين الذكر والأنثى فى الولدين المنفصلين فى الدية لتفاوت معانى الآدمية فى المالكية فإن الذكر مالك مالا ونكاحا والأنثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم فى الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة . وقوله (وإن ألقته حيا ثم مات) أول الأقسام الأربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب ، وهى أن خروج الجنين من الأم إما أن يكون فى حال حياتهما أو فى حال مماتهما أو فى حال حياة الأم وممات الجنين أو على العكس ، والأقسام مع أحكامها مذكورة فى الكتاب . وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح ، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ماذكر فى هذا الفصل وأجيب بأن الغرّة فى تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا ، وليس ما نحن فيه فى معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد ، وفيما نحن فيه من وجوه وهى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقى على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان . قال (وما يجب

أقول : فيه أن الأولى أن يقول مثلا إذا اشترك الخ (قال المصنف : فلا يجب الضمان بالشك) أقول : وفيه أن التسبيب للموت يوجب الضمان أيضا فينبغى أن يجب . وجوابه أن إيجاب الغرة ثبت بالحديث ، على خلاف القياس فإن حياته مشكوكة ، وهذا ليس فى معناه حتى يلحق به لكثرة الاحتمالات هنا دونه ، هكذا قيل ، ولك أن تقول قوله عليه الصلاة والسلام « فى الجنين غرة عام » فلا بد للتخصيص من دليل فليتأمل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بأن يقال : المراد فى قتل الجنين على حذف المضاف ، والقتل إنما يستند حقيقة إلى المباشرة (قوله وأجيب بأن الغرة فى تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول : لقائل أن يقول : النص وهو قوله

فى الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرّة ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل . قال (وفى جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعى : فيه عشر قيمة الأم ، لأنه جزء من وجه ، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل . ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ، ولا معتبر فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها . وقال أبو يوسف : يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم ، وهذا لأن الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، فصح الاعتبار على أصله . قال (فإن ضربت فأعتق المولى ما فى بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق) لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان فى حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية ، وتجب قيمته حيا لأنه بالضرب صار قاتلا إياه وهو حىّ فنظرنا إلى حالتى السبب والتلف .

واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح ، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر فى هذا الفصل . وأجيب بأن الغرّة فى تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا ، وليس ما نحن فيه فى معناه لأن فيه الإحتمال من وجه واحد ، وفيما نحن فيه من وجوه وهى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن ، فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقى على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان ، كذا فى العناية أخذا من النهاية . وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال : لقائل أن يقول : النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « فى الجنين غرّة » يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق انتهى . أقول : هذا أمر عجيب من مثله ، فإن مضمون إيراده مع جوابه مذكور فى شرح تاج الشريعة ، فإن كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب ، وإن لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكأنه لم ينظر إلى ما فى شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إيراده أصلا ، والذى ذكر فى شرح تاج الشريعة هنا هكذا . فإن قلت : عموم قوله عليه الصلاة والسلام « فى الجنين غرّة ، عبد أو أمة » يتناول المتنازع فيه . قلت : لابد من إضمار فيصير كأنه قال فى إتلاف الجنين غرّة ، والشك واقع فى ذلك انتهى ، تأمل فى تفصيل جوابه لعله سمت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها)

فى الجنين موروث عنه) كلامه واضح . وقوله (وفى جنين الأمة الخ) يعنى جنين الأمة إذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى . وطريق ذلك أن يقوّم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظركم قيمته ، ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكرا ، وعشره إن كان أنثى ، وإنما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان منهما لزمت الغرّة لكونه حرا ، فلو ضاع الجنين ووقع النزاع فى القيمة فالقول للضارب لإنكاره الزيادة ، وإن تعذر الوقوف على ذكورته وأنوثته نأخذ بالمتيقن . قوله (لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان) يعنى فى الأصل ، ألا ترى أنه إذا قلع السن فنبتت مكانه أخرى لم يجب شىء وهاهنا بدل الجنين واجب وإن لم يظهر فى الأم نقصان ، فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية (فيقدّر بها) أى بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الأم . قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف . قال فى المبسوط : ثم وجوب البدل فى جنين الأمة قول أبى حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبى يوسف . وعنه فى رواية أنه لا يجب إلا نقصان الأم إن تمكن فيها نقص ، وإن لم يتمكن لا يجب شىء كما فى جنين البهيمة . وقوله (فنظرنا إلى حالتى السبب والتلف) يعنى أوجبنا القيمة اعتبارا بحالة الضرب ،

عليه الصلاة والسلام « فى الجنين غرة » يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق (قال المصنف : وفى جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته) أقول : قال الكاكى : أى إذا كانت حاملا من زوجها لا من مولاها ليكون الولد رقيقا ولا من مغرور ، لأنه لو كان الحمل من مولاها

وقيل هذا عندهما ، وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب ، لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى . قال (ولا كفارة فى الجنين) وعند الشافعى تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت فى النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل . قالوا : إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا ، فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذى قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الأحكام) لإطلاق ما روينا ، ولأنه ولد فى حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك ، فكذا فى حق هذا الحكم ، ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسها ، والله أعلم .

(باب ما يحدث الرجل فى الطريق)

قال (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن

أقول : لقائل أن يقول : إن أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من أنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم ، وإن أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على مدعانا دافعا لما قاله الشافعى من أنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل فليتأمل .

(باب ما يحدث الرجل فى الطريق)

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع فى بيان أحكامه تسبيبا ، وقدم الأول لكونه أصلا لأنه قتل بلا واسطة ولكونه

وأوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا فى حياته اعتبارا بحالة التلف . لا يقال : هذا اعتبار بحالة الضرب فقط ، إذ الواجب فى تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة . وقوله (ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب) يعنى تفاوت ما بينهما ، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم . وقوله (على ما نذكر بيانه بعد هذا) يعنى فى جناية المملوك والجناية عليه فى مسئلة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك . وقوله (وقد عرفت فى النفوس المطلقة) أى الكاملة بالنص فلا يتعداها إلى غير المطلقة وهو الجنين ، لأن القياس لا يجرى فى العقوبات ، وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة ؛ ألا ترى أنه لا يجب كل البدل ، والباقى ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

(باب ما يحدث الرجل فى الطريق)

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسبيبا ، والأول أولى بالتقديم ، إما لأنه قتل بلا واسطة ، وإما لكثرة وقوعه . قال (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا الخ) الكنيف : المستراح ، والميزاب معروف ، والجرصن قيل هو

أو من المغرور تجب الغرة ذكرا كان أو أنثى انتهى . فلو قال المصنف : وفى الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج إلى هذا التقييد (قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة) أقول : فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت الضرب ، ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ، ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتأمل (قال المصنف : ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا) أقول : منقوض بالمضغة إلا أن يراد التميز التام الكامل .

(باب ما يحدث الرجل فى الطريق)

ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوا به فكان له حق النقض ، كما فى الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا فى الحق المشترك . قال (ويسع للذى عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق ما فى معناه به ، إذ المانع متعنت ، فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » قال (وليس لأحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ أن يشرع كنيفا أو ميزابا إلا بإذنهم) لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال ، فلا يجوز التصرف أضرّ بهم أو لم يضر إلا بإذنهم . وفى الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضرّ لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فجعل فى حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كى لايتعطل عليه طريق الانتفاع ، ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما . قال (وإذا أشرع فى الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته) لأنه سبب لتلفه

أكثر وقوعا فكانت أمسّ حاجة إلى معرفة أحكامه (قوله ويسع للذى عمله أن ينتفع به مالم يضرّ بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق به مافى معناه إذ المانع متعنت) أقول : هذا المقام محل الكلام ، فإن المدعى هنا وهو إباحة الانتفاع بالأمور المذكورة آنفا للذى عملها مالم يضرّ بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الأئمة ، ودليله المذكور فى الكتاب لايتمشى إلا على أصل محمد . أما أولا فلأن قوله فليلحق به ما هو فى معناه ليس بتام على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، إذ قد صرح فى الشروح وعامة المعتبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنع العامل من الوضع سواء كان

البرج ، وقال فخر الإسلام : جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبنى عليه . والعرض بالضم : الناحية ، قيل المراد به هنا أبعد الناس منزلة : أى أضعفهم وأرذلهم . وجملة الكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة أشياء : فى إباحة العمل وفى الخصومة وفى ضمان ما يتلف به . والمبدوء به فى الكتاب الخصومة ، وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع إلا على قول محمد فإن فيه خلافا بين العلماء . قال أبو حنيفة : لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام ، لأن فيه الافتيات على رأى الإمام فيما إليه تدبيره ، فلكل أحد أن ينكر عليه ، وبه قال أبو يوسف ، وقال محمد : ليس لأحد حق المنع إذا لم يكن فيه ضرر ، لأنه مأذون فى إحداثه شرعا فهو كما لو أذن له الإمام . وأما الخصومة فى الرفع فالمذكور فى الكتاب قول أبى حنيفة ، وقالا : ليس لأحد ذلك ، أما على قول محمد فظاهر لأنه جعله كالمأذون من الإمام فلا يرفعه أحد ، وأما أبو يوسف فإنه يقول : كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه ، فالذى يحدث يريد أن يجعلها فى يد نفسه خاصة ، فأما بعد الوضع فقد صار فى يده ، فالذى يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت ، وأما وجه قول أبى حنيفة فهو المذكور فى الكتاب . وقوله (ويسع للذى عمله) بيان الإباحة وهو ظاهر . وقوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار فى الإسلام » أى لا ابتداء ولا جزاء : يعنى متعديا عن مقدار حقه فى الاقتصاص ، لأن الضرار بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك ، وهذا الكلام فيما إذا كان الدرب نافذا ، وأما إذا كان غير نافذ فقوله وليس لأحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ بيان لذلك . والدرب : الباب الواسع على السكة ، والمراد به السكة هاهنا . وقوله (لأنها مملوكة لهم) يعنى فى الغالب قال فخر الإسلام : المراد بغير النافذة المملوكة ، وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهى مملوكة وقد يسدّ منفذها وهى للعامة ، لكن ذلك دليل على الملك غالبا فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه . وقوله (على كل حال) أى سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا . قوله (وإذا أشرع فى الطريق روشنا) وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان

(قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع) أقول : يعنى أن الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع ، فالمصنف تعرض للأول دون الثانى (قوله بيان الإباحة وهو ظاهر) أقول : فإنه إذا وسعه الانتفاع به وسعه إحداثه أيضا (قال المصنف : وإذا أشرع فى الطريق روشنا)

متعدٍّ بشغله هواء الطريق ، وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل ، وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا فى أول الباب (وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة ، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذى أحدثه فيهما) لأنه يصير كالدافع إياه عليه (وإن سقط الميزاب بطرفان أصاب) ما كان منه فى الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لأنه غير متعدٍّ فيه لما أنه وضعه فى ملكه (وإن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذى وضعه فيه) لكونه متعدّيا فيه ، ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ، ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة (ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان ، ولو لم يعلم أىّ طرف أصابه يضمن النصف) اعتبارا للأحوال (ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة فى الطريق

فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام، لأن فيه الافتيات على رأى الإمام فيما إليه تدبيره ، فلكل أحد أن ينكر عليه ؛ فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأى الإمام فيما إليه تدبيره وإن لم يضرّ بالمسلمين ، فلم يتصوّر عندهما أن يكون ذلك فى معنى المرور الذى لايشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح إلحاق ذلك به ، وأما ثانيا فلأن قوله إذ المانع متعنت ليس بتام أيضا على أصلهما قطعا، إذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهب إلى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذى أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا فى أول الباب) قال الشراح : يعنى الكنيف والميزاب والجرصن . أقول : لعل قول المصنف هذا مستدرك ، لأن مامر آنفا من لفظ مختصر القدورى وهو قوله وإذا أشرع فى الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ماذكر فى أول الباب . أما للميزاب فصراحة كما ترى . وأما لغير ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة إلى ماذكره المصنف هنا بل لا وجه للفظ ، وكذلك سيما بالنظر إلى الميزاب تأمل (قوله وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة)

وقوله (مما ذكرنا فى أول الباب) يعنى الكنيف والميزاب والجرصن . وقوله (فالضمان على الذى أحدثه فيهما) يعنى ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذى عثر به لأنه مدفوع فى هذه الحالة والمدفوع كالآلة (وقوله وإن سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه ، لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج ، أو أصاباه جميعا وعلم بذلك أو لم يعلم أىّ الطرفين أصابه ، والجملة مذكورة فى الكتاب بوجوهها . وقوله (لأنه ليس بقاتل حقيقة) يعنى أن الكفارة وحرمان الإرث إنما يجبان بالقتل حقيقة ، وهذا ليس بقتل حقيقة وإلا لساوى الملك غيره كما فى الرمى . قيل إن كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب فى الضمان والكفارة والحرمان ، وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها. والجواب أن الضمان يعتمد الإتلاف بطريق صيانة التعدى للدماء عن الهدر ، وقد تحقق إحداثه فى الطريق ماليس له ذلك . وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا أو خطأ ولم يوجد شيء منهما. وقوله (اعتبارا للأحوال) يعنى يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة ، ولا يعلم أنه بأىّ الطرفين كان ، فإن كان للطرف الداخل فلا ضمان ، وإن كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين . وقوله (ولو أشرع جناحا) ظاهر وقيل المشترى متعد أيضا بترك الرفع مع إمكانه شرعا . وأجيب بأن سبب ضمان القتل إما المباشرة أو التسبيب ، ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به إنسان فإنه لا ضمان ، لأنه ليس بمباشر ولا متسبب . واستشكل أيضا بالحائط المائل إذا تقدم إنسان إلى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصاب إنسانا فإنه لا ضمان على البائع وإن كان جانيا بترك النقض بعد التقدم إليه . والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم إليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع .

أقول : الروشن هو الرف عن الأزهرى ، وعن القاضى الصدر : الممر على العلو وهو مثل الرف ، كذا فى المغرب ، وفى القاموس الروشن : الكوة (قوله يعنى يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة) أقول : الظاهر أن يقول : قتيل الميزاب .

ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشترى حتى (عطب بها إنسان فالضمان على البائع) لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع فى الطريق جمرا فأحرق شيئا يضمنه) لأنه متعدّ فيه (ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لايضمنه) لنسخ الريح فعله ، وقيل إذا كان اليوم ريحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته (ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لأن التلف بفعلهم (ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما إلى ربّ الدار) وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة ، والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم إليه فاقتصر عليهم (وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على ربّ الدار استحسانا)

أقول : فيه نوع تساهل ، لأن جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة ، وفيما إذا عطبت به دابة يجب ضمانها فى ماله صرح به فى الكافى وغيره ، وكلمة كذا تقتضى الاشتراك فى الجواب وهو غير متحقق فى قوله أو عطبت به دابة ، اللهم إلا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك فى مجرد وجوب الضمان لا فى وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق ؟ فيتم قوله إذا تعثر بنقضه إنسان . وقوله أو عطبت به دابة ، لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الإسلام : هو على وجوه : إن قال مخرج الجناح للأجراء ابنوا جناحا لى على فناء دارى فإنه ملكى أو لى حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان عليهم ، ويرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده ، لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه ، كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر لأنه غرّه كذا هذا . وإن قال

وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعدّيا ولم يزل بالبيع . وقوله (ولو حركته) أى الجمر ، قيل فيه تلويح إلى أن الريح إن هبت بشررها فأحرقت شيئا وجب الضمان لأن التعدى كان بوضع الجمر وهو باق فى مكانه ، وإليه ذهب بعض أصحابنا . وقوله (وقيل إذا كان اليوم ريحا يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسى ، والأول : أعنى الإطلاق فى عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلوانى . وقوله (وقد أفضى إليها) أى إلى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح . قوله (ولو استأجر ربّ الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه : إن قال المخرج للفعلة أخرجوا جناحا على فناء دارى فإن لى حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيئا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا لأنه وجب بأمره فلهم أن يرجعوا به عليه ، كما لو استأجره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآمر ، وإن قال أشرعوا جناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لا حق له فى ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا ، وإن سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما

(قوله وهو على وجوه إن قال المخرج ، إلى آخر قوله : وإنما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول : لا يقال فرق ما بين ما ذكر فى الكتاب وهذا المنقول ، فإن ما فى الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة ، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر فى وجوب الضمان قبل الفراغ ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب ، لأنا نقول : إشراع الجناح مطلقا مباشرة ، فلهذا شبه بذبح الشاة ، وسيجىء من الشارح أيضا بعد (قال المصنف : حتى وجب عليهم الكفارة) أقول : قال الزيلعى : بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الإرث لأنه تسبيب وهنا مباشرة انتهى . فتأمل فى الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم .

لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا إذا صبّ الماء فى الطريق فعطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رشّ الماء أو توضأ) لأنه متعدّ فيه بإلحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما إذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه) لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة . قالوا : هذا إذا رشّ ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رشّ ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه لايزلق به

المستأجر للأجراء أشرعوا لى جناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيئا ، إن سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا ، وإن سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر ، وكذا لو استأجرهم ليبنوا بيتا فى وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الآمر . و فى الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث أن فناء داره مملوك له من وجه ، على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ، ولكنه غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لايجوز له بيعه ، فمن حيث أن الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ، ومن حيث أنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما . وإظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ ، لأن أمر الآمر إنما صح من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره ، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل ، كذا ذكر جمهور الشراح هنا . أقول : هذه الوجوه فى هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان ، وإن كان مما قاله شيخ الإسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندى من وجوه : الأول أنهم قالوا فى تعليل جواب القياس فى الوجه الثانى والثالث من الوجوه التى ذكروها لأنه أمرهم بما لايملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر ، وهو إنما يتم فيما إذا أخبرهم بأن ليس له حق فى ذلك لا فيما إذا لم يخبرهم بذلك ، إذ لاعلم لهم بفساد الأمر فى هذه الصورة ، وقد سوّوهما فى وضع المسئلة فى الوجه الثانى والثالث حيث قالوا : وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح من القديم أو لم يخبرهم . والثانى أنهم قالوا فى بيان وجه الاستحسان فى الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث أن فناء داره غير مملوك له حيث لايجوز له بيعه ، وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل ، مع أن مدخلية هذه الحيثية فى فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة ، لأنه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل ، بل أمرهم بالانتفاع بذلك بإشراع الجناح إليه وفعلوا ذلك . ولا شك أنه مملوك له من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر . والثالث أنهم قالوا فى الوجه الأول الضمان على الأجراء ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده . وقالوا فى الوجه الثالث : وفى الاستحسان يكون الضمان

او استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر . وفى الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث أنه فناء مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لايجوز له بيعه ، فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ، ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما ، وإظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهارها قبل الفراغ ، لأن أمر الآمر إنما صح من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره ، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل . وقوله لأنه (صح الاستئجار) يعنى بالنظر إلى أن له أن ينتفع بفناء داره ، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبرا ووقع فعلهم عمارة وإصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعله بنفسه ، ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا إذا أمر به . وقوله (بخلاف ما إذا فعل ذلك) يعنى الصبّ والرش والوضوء . وقوله (كما فى الدار المشتركة) يعنى أنه له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى

عادة لايضمن (ولو تعمد المرور فى موضع صبّ الماء فسقط لايضمن الراش) لأنه صاحب علة . وقيل هذا إذا رشّ بعض الطريق لأنه يجد موضعا للمرور لا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صبّ الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر فى المرور ؛ وكذلك الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق فى أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان

على الآمر ، والظاهر منه أن يكون الضمان فى الوجه الثالث فى جواب الاستحسان على الآمر ابتداء مع أن الفقه يقتضى أولوية كون الضمان فى الوجه الأول أيضا إذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء، لأن الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الآمر إنه ملكى أولى حق ذلك الفعل من القديم ، بخلاف الوجه الثالث فى الغرور مع الاشتراك بينهما فى سائر الأمور كما ترى . ثم أقول : تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لايوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الإسلام ، بل يأباه جدا . قال المصنف : جعل المسئلة على وجهين : أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل ، والآخر السقوط بعد فراغهم منه : وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا . وقال فى تعليل الأول : إن التلف كان بفعلهم ، وإن فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة ، والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم إلى رب الدار فاقتصر عليهم . ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضى أن يكون الضمان عليهم ، وأن لايرجعوا به على الآمر فى صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا : أى فى الوجه الأول أيضا من الوجوه التى ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الإسلام وهو ما إذا أخبرهم الآمر بأن له حقا فى ذلك ، لأن فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل فى عقد الآمر ولم يتسلم إليه بل اقتصر عليهم كان إخباره لهم بأن له حقا فى ذلك ، وعدم إخباره لهم بذلك سيين قطعا ، ويقتضى أن لايتم فى صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذى ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا فى الوجه الأول من الوجوه التى ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لأن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليهم ، فإن فعلهم لما انقلب قتلا فى صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لأمر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بأمر الآمر ، فما كان وجوب الضمان عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم ، ويقتضى أيضا أن لايتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر فى صورة السقوط قبل الفراغ من العمل ، فإن فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل فى العقد ، فإذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير ، بخلاف ما نحن فيه فى صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا . ثم إن بعض الفضلاء قال هنا : لايقال فرق بين ماذكر فى الكتاب وهذا المنقول ، فإن ما ذكر فى الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة ، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر فى وجوب الضمان قبل الفراغ ، ولاتتصوّر المباشرة بعده فيكون بالتسبيب . لأنا نقول : إشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة ، وسيجيء من الشارح أيضا : يعنى صاحب العناية . أقول : جوابه ليس بسديد ، إذ لم يقل أحد بأن إشراع الجناح مباشرة للقتل فى صورة السقوط بعد الفراغ من العمل ، كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الآمر ، فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما فى السقوط قبل الفراغ ، ولم يجب عليهم بعده شيء منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر فى الكتاب ، ولو كان مباشرة من الآمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد ، والتشبيه بذبح الشاة إنما وقع فى صورة السقوط قبل الفراغ لا فى صورة السقوط بعده ، والذى سيجيء من الشارح أيضا لابد وأن يحمل على كون إشراع الجناح مباشرة فى الصورة الأولى لا فى الصورة الثانية . وأما كون إشراع الجناح مباشرة مطلقا لفعل منّا وإن لم يكن مباشرة للقتل فى صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد فى دفع السؤال الذى ذكره كما لايخفى (قوله ولو تعمد المرور فى موضع صبّ الماء فسقط لايضمن الراشّ)

وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته . وقوله (لأنه صاحب علة) والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها .

ما عطب على الآمر استحسانا . وإذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا . ولو كان أمره بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الأجير) لفساد الأمر قال (ومن حفر بئرا فى طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت به بهيمة فضمانها فى ماله) لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة فى ماله وإلقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث شيئا فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل بها إنسان كان ضامنا لتعديه بشغله (ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذى نحاه) لأن حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر (وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية فى حقوق العامة (وإن كان بغير أمره فهو متعد) إما بالتصرف فى حق غيره أو بالافتيات على رأى الإمام أو هو مباح

أقول : فى تحرير المصنف هنا شىء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر آنفا . وكذا إذا رش الماء بعد قوله وكذا إذا صب الماء أن مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء ، وقد ذكر هنا الصب فى أصل المسئلة حيث قال : ولو تعمد المرور فى موضع صب الماء وذكر الرش فى جوابها حيث قال : لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة . ويمكن أن يعتذر عنه بأنه إنما فعل هكذا إيماء إلى اتحاد مسئلتى الصب والرش فى هذا الحكم مع الاعتماد إلى العلم بتغايرهما مما ذكره من قبل (قوله وإذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا) قال فى العناية : لم يتعرض المصنف بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الآمر أو إذا لم يعلم . وفى الجامع الصغير للإمام المحبوبى ما يدل على أن هذا الجواب الذى ذكره فى الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال : وإن استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره فإن كان الأجير عالما به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر انتهى . أقول : ما ذكره الإمام المحبوبى فى جامعه وإن دل على أن الجواب الذى ذكره فى الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أن الفناء للمستأجر إلا أنه يدل بإطلاقه على أن الجواب فى موت إنسان فيه بعد فراغ الأجير من العمل وقبله سواء ، والذى ذكر فى الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الأجير ولم يتعرض له الشارح أيضا فتبصر (قوله وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن)

وقوله (فى فناء حانوته) قيل الفناء سعة أمام البيوت ، وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله (فتعقل) أى تشبث وتعلق بالبناء . وقوله (يجب الضمان على الآمر) لم يتعرض بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الآمر أو إذا لم يعلم . وفى الجامع الصغير للإمام المحبوبى ما يدل على أن هذا الجواب الذى ذكره فى الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال : وإن استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره ، فإن كان الأجير عالما به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر . قال (ومن حفر بئرا فى طريق المسلمين) كلامه واضح . والبالوعة : ثقب فى وسط البيت ، وكذلك البلوعة . وذكر رواية الجامع الصغير

(قوله والبالوعة ثقب فى وسط البيت ، وكذلك البلوعة) أقول : وهذا المعنى لا يلائم المقام (قال المصنف : فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لا يضمن) أقول : الأمر من السلطان إكراه ، فقوله أو أجبره كالعطف التفسيرى ، وإذا أذن ولم يأمر ينبغى أن لا يكون متعديا

مقيد بشرط السلامة . وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع مافعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لا يختلف (وكذا إن حفره فى ملكه لايضمن) لأنه غير متعدّ

قال بعض الفضلاء : الأمر من السلطان إكراه ؛ فقوله أو أجبره كالعطف التفسيرى اهـ . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن كون مجرد الأمر من السلطان إكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه فى السير الكبير حيث قال : إن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه . فجاز أن يكون قوله فى الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ، ولئن سلم أن كونه إكراها قول مختار فالظاهر أن الأمر هنا كناية عن الإذن لاستلزام الأمر الإذن . وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك . وعن هذا قال فى غاية البيان فى تعليل هذه المسئلة : وذلك لأن للإمام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله بإذن الإمام . وقال فى العناية : وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان إذن الإمام انتهى . ولا شك أن مجرد إذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل ، صرح به فى عامة المعتبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لامحالة . وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لاوجه له ، لأن العطف التفسيرى لم يسمع فى كلمة أو ومعناها أيضا لايساعد ذلك ، وإنما شاع ذلك فى كلمة الواو لمساعدة معناها إياه ، ولكن بقى لنا شىء فى قول محمد أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك ، وهو أنه إذا علم عدم ضمان الفاعل فيما إذا أمره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما إذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك . نعم لو قال فإن أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لكان له حسن لكون الثانى من قبيل الترقى تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع مافعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح : أراد بقوله مما ذكرناه : ماذكره من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن إلى الطريق وبناء الدكان فيه وإشراع الروشن وحفر البئر . وزاد صاحب الغاية : ووضع الحجر . وقالوا : أراد بقوله وغيره غير ما ذكر فى الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع . أقول : مما ذكره من أول الباب إلى هنا صبّ الماء فى الطريق وكذا رش الماء أو التوضى فيه وكذا وضع الخشبة فيه ، ولم يذكر أحد من الشراح شيئا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع فى الباب قبل ما تركوه وما بعده ، وإن زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل . ثم إنهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر فى الكتاب مع أنه قد ذكر فى الكتاب حيث قال : ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع وقتل إنسانا الخ . ويمكن أن يعتذر عن الثانى بأن الكلام هنا فيما فعل فى طريق العامة ، وقد حمل الشراح مسئلة استئجار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة المذكورة فى الكتاب فيما مر على ما فعل فى فناء الدار لا فى طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا ، وأرادوا ببناء الظلة الذى عدوه من غير ما ذكر فى الكتاب بناءها فى طريق العامة ، أو أنهم حملوا المراد بما فعل فى طريق العامة فى قوله فى جميع مافعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدّوا ما استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الظلة مما نحن فيه هنا ، وأرادوا ببناء الظلة الذى عدّوه من غير ماذكر فى الكتاب بناءه بنفسه ، لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لوفعله بأمر السلطان لم يضمن ، ولوفعله بغير أمره ضمن متمش فيما فعل فى فناء الدار أيضا ، وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضا فلا فائدة فى التخصيص بل لا وجه له تفكر

لاشتمالها على بيان إذن الإمام . والافتيات : الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت وهو السبق . وقوله (وكذا الجواب على التفصيل) يعنى أنه لو فعله بأمر من له الولاية فى الأمر لم يضمنه ، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه . وقوله (مما ذكرناه) يعنى من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البئر . وقوله (وغيره) يعنى مالم يذكره فى الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع . وقوله (وكذلك إن حفره فى ملكه لايضمن) يعنى كما إذا أمره الإمام فحفر فى طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به ، كذلك إذا حفره فى ملكه وإن لم يأذن له الإمام .

(وكذا إذا حفره فى فناء داره) لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه . وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أوكان له حق الحفر فيه لأنه غير متعدّ . أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان فى سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعدّ وهذا صحيح (ولو حفر فى الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر) عند أبى حنيفة رحمه الله لأنه مات لمعنى فى نفسه فلا يضاف إلى الحفر . والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع . وقال أبو يوسف رحمه الله : إن مات جوعا فكذلك ، وإن مات غما فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع . أما الجوع فلا يختص بالبئر . وقال محمد : هو ضامن فى الوجوه كلها . لأنه إنما حدث بسبب الواقوع . إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه . قال (وإن استأجر أجراء فحفروها له فى غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شىء على الأجراء إن لم يعلموا أنها فى غير فنائه (لأن الإجارة صحت ظاهرا إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين . فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره . إلا أن

(قوله وكذا إذا حفره فى فناء داره) يعنى وإن لم يكن للفناء ملكه ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : يرد عليه أنه ينافى ما ذكر فيما مرّ من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتأمل (قوله وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه) قال جمهور الشراح فى تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضرّ بأحد أو أذن له الإمام فى ذلك . أقول : فى كل من وجهى تفسيرهم خلل . أما فى الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا الخ يأباه جدا ، فإن عدم الضرر لأحد قد يتحقق فى صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركا أيضا ، وقد جعل الحكم فيها خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه . وأما فى الثانى فلأنه إذا أذن له الإمام يجوز له التصرف فى طريق العامة أيضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفا ، ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك ، وكذلك إن حفر فى ملكه لم يضمن ، وكذلك إذا حفره فى فناء داره هو أن الحافر لا يضمن فى هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضا ، وعن هذا قال الشراح فى شرح قوله وكذلك إن حفره فى ملكه لم يضمن : يعنى كما إذا أذن له فحفره فى طريق المسلمين لم يضمن ، كذلك إن حفره فى ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن ، فلا معنى لحمل ماقيل

وقوله (وكذلك إذا حفره فى فناء داره) يعنى وإن لم يكن الفناء ملكه . وقيل جاز له ذلك إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر بأن لا يضرّ لأحد أو أذن له الإمام ، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يضمن . وقوله (هذا) يعنى هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا إذا كان فى سكة غير نافذة صحيح . وقوله (ولو حفر فى الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما) أى انخناقا بالعفونة . قال فى الصحاح : يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدّة الحرّ ، وكلامه واضح ، ولا يتوهم من تقديم قول أبى حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه معه ؛ ألا ترى أنه لو حبس رجلا فى بئر حتى مات غما فإنه لا ضمان عليه ، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العمق أثر فى نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان . وقوله (وإن استأجر أجراء فحفروها له فى غير فنائه) يعنى بأن كان الفناء للغير أو طريقا للعامة لكنه غير مشهور ، فإما أن يعلموا أنها فى غير فنائه أولا ، فإن كان الثانى فالضمان على المستأجر ولا شىء على الأجراء لأن الإجارة صحت ظاهرا إذا لم يعلموا ذلك ، وذلك يكفى لنقل الفعل إلى الآمر ، لأنه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الأجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة والناس حاجة إلى ذلك فنقل فعلهم إليه ، وهذا دليل كون الضمان على المستأجر . وقوله (لأنهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شىء على الأجراء ، وصار هذا الأمر فى صحته ظاهرا ، وكون المأمور مغرورا كالآمر بذبح

إذ لا افتيات (قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أقول : أى من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف : وقال أبو يوسف : إن مات جوعا فكذلك) أقول : ما ذكر فى الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، وأما فى ظاهر

هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لأن الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه (وإن علموا ذلك فالضمان على الأجراء) لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا إليهم (وإن قال لهم هذا فنائى وليس لى فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه إنسان فالضمان

فى مسئلة الحفر فى فناء داره التى جوابها عدم الضمان بدون إذن الإمام أيضا على التقييد بإذن الإمام كما لا يخفى . وقال صاحب الغاية فى شرح هذا المقام : وقيل إنما يكون له أن يحفر فى فناء داره إذا كان الفناء مملوكا له ، أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره . لأنه إذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى . أما إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما إذا كان فى سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدى انتهى . أقول : قد زاد ذلك الشارح نغمة فى الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أوكان له حق الحفر فيه بأن قال : أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره . فاشترك مع جمهور الشراح فى أن يرد عليه مايرد على الوجه الأول من وجهى تفسيرهم كما بيناه من قبل ، وقال فى تعليل ذلك : لأنه إذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى . ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضى الضمان عند الهلاك كما صرحوا به فى مسائل عديدة ، وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدى فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى . ثم أقول : الصواب عندى أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه إن كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بأن كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أوكان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك ، فحينئذ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما ترى (قوله وإن علموا بذلك فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا إليهم) قال صاحب العناية : فى عبارة المصنف تسامح ، لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به فى ملكه حتى يصح التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، بل المناسب أن يقال : لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا اهـ. أقول : ليس هذا بسديد ، لأن مدار زعمه التسامح فى عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور فى تمام التعليل ، ولا شك أنه داخل فيه ، فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له إشارة إلى انتفاء صحة أمره حقيقة . وقوله ولا غرور إشارة إلى انتفاء صحته ظاهرا ، والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك فى المأمور به ، ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا ، فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال : لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى ، فلم يتم القول بأن ذلك

شاة ظهر فيها استحقاق الغير ، إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا ، وكون الآمر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور ، وهاهنا يجب على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه ، وإن كان الأول فالضمان على الأجراء لعدم صحة الأمر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم إليه وليسوا بمغرورين فينتفى الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا إليهم . وفى عبارته تسامح لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به فى ملكه حتى يصح التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، بل المناسب أن يقال : لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الأمر بإشراع الجناح ، فإن الأجراء هناك إذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وهاهنا لم يضمنوا أصلا . والجواب ما أشار إليه المصنف فى ذبح شاة غيره بأن الذابح مباشر والآمر مسبب ، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها (وإن قال لهم هذا فنائى) ظاهر .

الرواية فلا يجب الضمان ، قاله العلامة الإتقانى نقلا عن الإسبيجابى ، فالأولى وعن أبى يوسف وعن محمد رحمهما الله (قوله وفى عبارته تسامح الخ) أقول : لا تسامح ، إذ المراد أنه لا يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك فى المأمور به ، ولا ظاهرا لعدم الغرور ، فقوله لأن صحة الأمر لا تحتاج الخ إن أراد صحة الأمر حقيقة فغير مسلم ، وقد دل عليه قوله سابقا لو توقف على صحة الأمر حقيقة ، وإن أراد صحته ظاهرا فسلم

على الأجراء قياسا (لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم) وفى الاستحسان الضمان على المستأجر (لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر إلى ماذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل إليه . قال) ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذى عمل القنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة فى الطريق فتعمد رجل المرور عليها)لأن الأول تعدّ هو تسبيب ، والثانى تعدّ هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشر أولى ، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما فى الحافر مع الملقى . قال (ومن حمل شيئا فى الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب

هو المناسب (قوله فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا) يعنى قوله لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه الخ . قال فى العناية أخذا من معراج الدراية : فإن قيل : قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته . أجيب بأن قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم ، وهكذا لفظ المبسوط ، فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى . أقول : فى الجواب بحث ، لأن كلمة ليس لنفى مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ماتقرر فى موضعه ، فحينئذ لايحتمل قوله ليس لى فيه حق الحفر غير نفى حق الحفر عنه حالا . وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وإن كانت للنفى مطلقا ، إلا أن معناه أن مضمون الجملة إذا قيد بزمان من الأزمنة فهو على ما قيد به . وأما إذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه فى نحو زيد قائم كذا حققه الأندلسى واستحسنه الرضى ، وفيما وقع فى مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه قطعا فلم يكن مشترك الدلالة ، كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف فى تعليل كون الضمان على الأجراء قياسا لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم ، إذ العلم بفساد الأمر لايتصور عند اشتراك دلالة ذلك . وأما ما وقع فى لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لى ذلك من القديم لكنه لى فى الحال وإلا لما تم وجه الاستحسان . ثم أقول : الحق عندى فى الجواب أن يقال : يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لى على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام فى لى للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بأن كانت فى سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده فى التصرف فيه ، إذ يجوز لكل أحد التصرف فى حق العامة بشرط السلامة ، ولا ينافى أيضا قول المصنف فى تعليل وجه القياس لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم ؟ لأن فساد الأمر مقرر على كل من الاحتمالين . أما على احتمال أن يكون المراد ليس لى فيه حق الحفر أصلا : أى على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر . وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لى فيه على الاختصاص حق الحفر فلأن الأمر بالحفر فى حق العامة أو فى الحق المشترك بدون إذن الشريك فاسد لأنه تعدّ ، ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به إنسان أو بهيمة يجب عليه الضمان

وقوله (فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر إلى ماذكرنا) يعنى قوله لانطلاق يده فى التصرف الخ . فإن قيل : قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته . أجيب بأن قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم ، وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة . قال (ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام) كلامه واضح . قوله (لأن الأول) يعنى جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعدّ) أما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر وأما بناء القنطرة فلأن البانى فوّت حقا على غيره فإن التدبير فى وضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق

ولا يفيده كما لايخفى (قوله بالنظر إلى ما ذكرنا : يعنى قوله الخ) أقول : فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول : فما يفعل بقول المصنف لأنهم علموا بفساد الأمر ، فإنه إذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به ، إذ العلم لايجامع الاحتمال

به إنسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين . والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة . واللابس لايقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا . وعن محمد أنه إذا لبس مالايلبسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لاتدعو إلى لبسه . قال (وإذا كان المسجد

(قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح : أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ إلى قوله فعطب به فهو ضامن . وأراد بالوجهين فى قوله يشمل الوجهين تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع فى الطريق . أقول : ماذهبوا إليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين : أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الإنسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا . وثانيهما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهى قوله وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن . إذ إذ لاوجه لتأخير بيان ما فى المسئلة الأولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع إليه . وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب إليه جمهور الشراح . وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لايشمل التعثر به . ثم قال : ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى . أقول : إن قوله ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لامعنى له . لأن قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه . وأنا أتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ذلك المتقن النحرير على ما يأباه من له أدنى دربة بأساليب الكلام . وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن ، وهو الحق الصريح عندى أيضا فإنه مصون عن المحذورات المذكورة كلها . ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال : وفى بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن ، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد ، لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى . أقول : رده مردود . إذ لايخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضا فى حالة النوم بل فى حالة اليقظة أيضا فيختنق بذلك فيموت . نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر ، لكن إمكان وقوعه كاف فى تعميم المسئلة كما لايخفى . ثم إن بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال : ولك أن تقول : قوله فسقط فعطب به إنسان : يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين ، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فراده

والسعة للإمام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد لامحالة . قوله (وهذا اللفظ) يعنى قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه ، وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع فى الطريق ، وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لايشمل التعثر به . نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يحمل الشيء فى الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به إنسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما . والفرق بين العبارتين بين . وفى بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن ، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ، ولعل المصنف رحمه الله نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه . وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعنى بوصف السلامة . وقوله (مالايلبسه عادة) يعنى مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب فى غير موضع الحرب ، وكذا إذا لبس زيادة على مايحتاج إليه على رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لعدم

(قوله وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد) أقول : ولك أن تقول : قوله فسقط فعطب به إنسان : يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين ، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ، ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه ألا يرى إلى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ، ولا يبعد موت الإنسان مثل الصغار بسقوطه عليه ، ولا يبعد حمل قول الشارح

للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن ، وإن كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا : هذا عند أبى حنيفة ، وقالا : لايضمن فى الوجهين جميعا ، لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون فى إقامتها فلا بتقيد بشرط السلامة ، كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد . ولأبى حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولى وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعدّيا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة ، وقصد القربة لاينافى الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله . قال (وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان فى الصلاة ، وإن كان فى غير الصلاة ضمن (وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : لايضمن على كل حال .

الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير . ولوسلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه ، ألا يرى إلى دليله إلى هنا لفظه . أقول : كل من مقدمات كلامه كاسد . أما قوله يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على إنسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ، فلأن الفرق بين اللفظين نفسهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام هاهنا ، ومثله لايليق بمن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذى هوعلم فى التحقيق . وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه ، فلأن المجاز لابد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه . وأما قوله ألا يرى إلى دليله فلأن عموم الدليل لايقتضى عموم المسئلة ؛ ألا يرى أن كلية الكبرى شرط فى إنتاج الشكل الأول مع كون النتيجة خاصة (قوله وقالا : لايضمن فى الوجهين جميعا) أى فيما إذا فعل ذلك أحد من العشيرة ، وفيما إذا فعله أحد من غير العشيرة . قال صاحب معراج الدراية : قوله وقالا لايضمن فى الوجهين وهما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما ، وتبعه الشارح العينى . أقول : تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذلك الشارحان لايطابق المشروح كما

عموم البلوى به . وقوله (للعشيرة) يعنى أهل المسجد . وقوله (ضمن) يعنى إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد . وقوله (كنصب الإمام) يعنى إذا لم يكن البانى موجودا ، أما إذا كان فنصب الإمام إليه وهومختار الإسكاف رحمه الله : قال أبو الليث رحمه الله : وبه نأخذ إلا أن ينصب شخصا والقوم يريدون من هو أصلح منه ، ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام إن القوم أولى بنصب الإمام والمؤذن ، والبانى أولى بالعمارة . وقوله (وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله) فلهم تكرار الجماعة ، بخلاف ما إذا سبقوا بها فإنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة . وقوله (وقصد القربة لاينافى الغرامة) جواب عن قولهما لأن هذه من القرب . وقوله (كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا) فإنه قصد القربة لكن أخطأ الطريق ، فإن شرطها أن يكون الشهود أربعة ممن تسمع شهادته ، فإذا انقضت انقلبت قذفا واستوجب الحدّ . قال (وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل الخ) وإن جلس فى المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فإما إن كان فى الصلاة أو لم يكن فيها ، فإن كان فى الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا أو نفلا لأن النفل بالشروع يصير فرضا ، وإن لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لايضمن على كل حال

ولعل المصنف نظر إلى المعطوف الخ على هذا فتأمل (قال المصنف : وقالا : لايضمن فى الوجهين جميعا) أقول : قال الكاكى : وهما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما ، وبه قال الشافعى فى وجه ومالك وأحمد . قال الحلوانى : وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما فى هذه المسئلة ، وعليه الفتوى ، كذا فى الذخيرة انتهى كلام الكاكى . وقوله وهما إذن الإمام الخ محل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيرها) أقول : قوله بل كان قاعدا لغيرها لايطابق المشروح ، فإن القعود لها محل الاختلاف أيضا على تقرير المصنف ، فالأولى القصر على قوله أو لم يكن فيها

ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف ، وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لا يضمن

لايخفى على ذى مسكة (قوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة أو مرّ فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم : أى تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة : يعنى منتظرا لها أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة أو مرّ فيه مارا أو قعد فيه لحديث قال المصنف : فهو على هذا الاختلاف ، وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره أبو بكر الرازى ، وقال بعضهم . وهو اختيار أبى عبد الله الجرجانى : ليس فيها خلاف ، بل لاضمان فيه بالاتفاق انتهى . أقول : فى تقريره خلل ، فإن الاختلاف بين أصحابنا ، واختيار أبى بكر الرازى قول بعضهم وأبى عبد الله الجرجانى قول البعض الآخر إنما هو فيما إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد يذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به إنسان فمات . وأما فيما إذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا فعثر به إنسان فمات ففيه اختلاف بين أبى حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لأحد من أصحابنا على مابين . وفصل فى الذخيرة والمحيط البرهانى وذكر فى النهاية أيضا نقلا عن الذخيرة . ولا ريب أن ماذكره المصنف هنا من الصور فقال : فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه . ثم قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : فى عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان فى غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله . والجواب أن قوله وإن كان فى غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير . وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى . أقول : فى كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة . أما فى الأول فلأن وضع المسئلة فيما قال وإن كان فى غير الصلاة إنما كان فى الجلوس فى المسجد فكيف يشمل قوله وإن كان فى غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ، ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة والمرور فيه مارا . وأما فى الثانى فلأن لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس فى المسجد ، ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف يكون هذا بيانا لذلك . ثم قال : وقوله فهو على هذا

(ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم) أى لتعليم الفقه أو الحديث (أو للصلاة) يعنى منتظرا لها (أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو فى غير الصلاة أو مرّ فيه مارا أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره أبو بكر الرازى . وقال بعضهم وهو اختيار أبى عبدالله الجرجانى ليس فيه خلاف ، بل لا ضمان فيه بالاتفاق . ولقائل أن يقول : فى عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان فى غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله . والجواب أن قوله وإن كان فى غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير . وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك ، وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت ،

(قال المصنف : فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره أبو بكر الرازى . وقال بعضهم : وهو اختيار أبى عبد الله الجرجانى ليس فيها خلاف الخ) أقول : نظم الكلام فى سمط واحد وفيه تفصيل ، فإنه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة الجالس لانتظار الصلاة لايضمن ، وإنما الخلاف فى عمل لايكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث . وذكر الفقيه أبو جعفر فى كشف الغوامض : سمعت أبا بكر يقول : إن جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لايضمن بالإجماع . وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد أنه إن جلس للحديث يضمن بالإجماع . وذكر فى الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث : أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا ضمن عنده ، وقالا : لايضمن وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قوله ؛ فقال بعضهم يضمن وإليه ذهب أبو بكر الرازى . وقال بعضهم لايضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجانى ، كذا فى النهاية وغيره . ويعلم منه ما فى كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه اتفاقى (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول : فيه أنه لايشمل المرور بل النوم فيها ، فإن المستتر فى كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس ، إلا أن يقال : للأكثر حكم الكل .

بالاتفاق . لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لأنه من ضرورات الصلاة ، أو لأن المنتظر للصلاة فى الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما إذا كان فى الصلاة . وله أن المسجد إنما بنى للصلاة ، وهذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا إليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى إلى الكافر أو إلى الصيد والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره (وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان ينبغى أن لا يضمن لأن المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوّضا إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلى فيه وحده .

الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك ، بل هو على الاختلاف كما رأيت . أقول : لا نسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك بالجواز أن يكون مختار المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازى ، فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ، ومثل هذا ليس بعزيز فى كلمات المشايخ . ثم قال : وكان من حق الكلام أن يقول : فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال فى الاعتكاف انتهى . أقول : لعل سرّ أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ماذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ، ولم يقل أحد بأنه لا يضمن فى هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل ، فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح فى شرحه كما مرّ حيث يلزم أن يدرج فى اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال : وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيارا لما اختاره أبو بكر الرازى فيما هو من جنس العبادة تأمل . فإن هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول : هذا التعليل قاصر عن إفادة مدّعاهما فى بعض من المسائل المذكورة كالنوم فى المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث : فإن شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب .

وكان من حق الكلام أن يقول : فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال فى الاعتكاف . وقوله (لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر) قال الله تعالى ـ فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له بالغدو والآصال ـ وقوله تعالى ـ وأنتم عاكفون فى المساجد ـ وقوله (وله أن المسجد إنما بنى للصلاة) لأن المسجد موضع السجود ؛ ألا يرى أن المسجد إذا ضاق على المصلى كان له إزعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضوعه الأصلى دون العكس ، وما عرف الناس المسجد إلا لأجل الصلاة فيه ، ولا دلالة لما ذكرا من الآيتين على ما سوى الإذن والعكوف به وليس الكلام فيه ، وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لابد من التفرقة بين الموضوع الأصلى وما ألحق به ، والباقى واضح .

(قال المصنف : لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر ، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لأنه من ضرورات الصلاة) أقول : لا يخفى عليك أخصية الدليل من المدعى إلا أن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث ، لأن المناط هو الإباحة ؛ ألا يرى إلى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فإنهما حينئذ يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة . وأما المذكور فى الكتاب فهو إباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج إلى الفرق ، لأن المناط ليس مطلق الإباحة ، بل الإباحة المقيدة المعللة بما ذكر (قوله لأن المسجد موضع السجود) أقول : هذا دليل لغوى (قوله ألا يرى) أقول : هذا دليل شرعا (قوله وما عرف الناس الخ) أقول : هذا دليل عرفى .

(فصل فى الحائط المائل)

قال (وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه فى مدة بقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) والقياس أن لايضمن لأنه لاصنع منه مباشرة ، ولا مباشرة شرط هومتعدّ فيه ، لأن أصل البناء كان فى ملكه ، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد . وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتمل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه فى يده ، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع صار متعديا بمنزلة مالووقع ثوب إنسان فى حجره يصير متعدّيا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا ، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ، ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر ، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة ، لأنه فى كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدى إلى استئصاله والإجحاف به ، وما تلف به من الأموال كالدوابّ والعروض يجب ضمانها فى ماله ، لأن العواقل لاتعقل المال والشرط التقدم إليه وطلب النقض منه دون الإشهاد ، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره فكان من باب الاحتياط . وصورة الإشهاد أن يقول الرجل :

(فصل فى أحكام الحائط المائل)

لما ذكر أحكام القتل الذى يتعلق بالإنسان مباشرة أو تسببا شرع فى بيان أحكام القتل الذى يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل ، وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد ، إلا أن الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها ولهذا أتى بلفظ الفصل لابلفظ الباب ، كذا فى النهاية وغيرها

(فصل فى الحائط المائل)

لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها فى فصل على حدة . قال (وإذا مال حائط إلى طريق المسلمين الخ) أخذ الشافعى رحمه الله فى هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان ، وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا إيجاب الضمان وهو مروىّ عن علىّ رضى الله عنه وشريح والنخعى والشعبى وغيرهم من التابعين رحمهم الله ، والوجه من الجانبين مذكور فى الكتاب . وقوله (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) كالرامى إلى الكفار وإن تترّسوا بالمسلمين وقطع العضو للأكلة عند خوف هلاك النفس . وقوله (وتتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله : إن العاقلة لاتتحمل حتّى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء : على التقدم إليه فى النقد ، وعلى أنه مات من سقوطه عليه ، وعلى أن الدار له ، لأن كون الدار فى يده ظاهر والظاهر لايستحق به حق على الغير . وقوله (والشرط التقدم إليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط إن حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لايسقط ولا يتلف شيئا . ولو قال ينبغى أن تهدمه فذاك مشورة ، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صبيا أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها ، وأن يكون إلى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة فلم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد . وقوله (والشرط هو التقدم دون الإشهاد

(فصل فى الحائط المائل)

(قوله مسلما كان أو ذميا أو صبيا) أقول : أى مأذونا أو عبدا كذلك .

شهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا ، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهى الحائط لانعدام التعدى . قال (ولو بنى الحائط مائلا فى الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد) لأن البناء تعد ابتداء كما فى إشراع الجناح . قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لأن هذه ليست بشهادة على القتل ، وشرط الترك فى مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لابد من إمكان النقض ليصير بتركه جانيا ، ويستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمى ، لأن الناس كلهم شركاء فى المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا ، ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به . قال (وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة) لأن الحق له على الخصوص ، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ماشغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها ، ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم ، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضى أو من أشهد عليه حيث لايصح ، لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم . ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشترى برئ من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع ، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ماذكرنا . ولا ضمان على المشترى لأنه لم يشهد عليه ، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ماطولب به ، والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ، ومن لايتمكن منه لايصح التقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ، ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك وإلى الوصى وإلى أبى اليتيم أو أمه فى حائط الصبى لقيام الولاية ، وذكر الأم فى الزيادات والضمان فى مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله ، وإلى المكاتب لأن الولاية له ، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه

(قوله والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لايتمكن منه لايصح التقدم إليه) أقول : لقائل أن يقول : ينتقض هذا الأصل بما سيأتى فى الكتاب من أنه يصح التقدم إلى أحد الورثة فى نصيبه وإن كان لايتمكن من نقض الحائط وحده . ويمكن الجواب عنه بوجهين : أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الأصل على موجب القياس وما سيأتى فى الكتاب جواب الاستحسان . ووجهه ماذكر هناك . وأما جواب القياس فيه فهو أن لايضمن أحد من الورثة شيئا ، أما الذى تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض ، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم ، وقد صرح بذلك فى المبسوط ، وذكر فى الشروح أيضا فيما سيجىء . وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده أو مع مشاركة غيره ، وبمن لايتمكن منه من لايتمكن منه أصلا ، وأحد الورثة فى المسئلة الآتية وإن لم يتمكن من نقض الحائط وحده إلا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض (قوله والضمان فى مال اليتيم) أقول : فى هذا الإطلاق نوع قصور ،

حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه . وقوله (لأن فعل هؤلاء كفعله) أى فعل الوصى والأب والأم كفعل الصبى ، والتقدم إليهم كالتقدم على الصبى بعد بلوغه . فإن قيل : لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط الحائط إذا بلغ الصبى بعد التقدم إلى الأب والوصى . أجيب بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصغيرة مادامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد فى حق الصغير ، ثم إنهما فى ترك الهدم يعملان للصبى وينظران له فكان الضمان فى ماله . فإن قيل : الوصى إذا ترك النقض بعد التقدم إليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه .

(قال المصنف : ولا ضمان على المشترى لأنه لم يشهد عليه) أقول : الأظهر أن يقال : لأنه لم يتقدم إليه .

دين أو لم يكن لأن ولاية النقض له ، ثم التلف بالسقوط إن كان مالا فهو فى عتق العبد . وإن كان نفسا فهو على عاقلة المولى لأن الإشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى . ويصح التقدم إلى أحد الورثة فى نصيبه وإن كان لايتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضى (ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لايضمنه) لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لاإليه (وإن عطب بالنقض ضمنه) لأن التفريغ إليه إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل (ولوعطب بجرّة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهى ملكه ضمنه لأن التفريغ إليه (وإن كان ملك غيره لايضمنه) لأن التفريغ إلى مالكها) قال (وإن كان

لأن ما تلف بالحائط المائل إن كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا فى ماله ، وإن كان من الأموال كالدوابّ والعروض يجب ضمانها فى ماله ، وقد مرّ هذا كله فى الكتاب . فكون الضمان فى مال اليتيم إنما يتصور فى تلف الأموال

أجيب بأن فى ترك النقض دفع مضرة متحققة وهى مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانيا . وفى نقضه دفع مضرّة موهومة لجواز أن لايسقط وإن سقط لايهلك به شىء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان . وقوله (فى عتق العبد) يعنى يباع فيه كما يباع فى ديون تجارته ، وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ، ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا : العبد فى ضمان التزام المال كالحرّ فإنه ينفك الحجر عنه فى اكتساب سبب ذلك ، وفى التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لأن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى . وقوله (لأن الإشهاد على المولى من وجه) أما إذا لم يكن على العبد دين فظاهر لأن الملك فى الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته ؛ ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقا فى دار بيد مأذون له ينتصب خصما فكان الإشهاد عليه إشهادا على المولى من وجه . وأما إذا كان عليه دين فعندهما ظاهر ، وعند أبى حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما إلى المولى من وجه وتقدما إلى العبد من وجه ، فاعتبر فى ضمان الأنفس تقدما إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك ، وفى ضمان الأموال تقدما إلى العبد لأنه كالحرّ فيه كما مر . وقوله (ويصح التقدم إلى أحد الورثة فى نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه . وهذا جواب الاستحسان ، ووجهه ماذكر فى الكتاب . وأما جواب القياس فهو أن لايضمن أحد منهم شيئا ، أما الذى تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم إليه مفيدا ، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم فلم يوجد التعدى من واحد منهم فى ترك التفريغ . والجواب أن الإشهاد على جماعتهم يتعذر عادة ، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم فى نصيبه أدّى إلى الضرر وهو مدفوع . وقوله (فعطب لايضمنه) أى لايضمن صاحب الحائط القتيل الثانى (لأن التفريغ عنه) أى القتيل الأول برفعه مفوّض إلى أوليائه لأنهم الذين يتولون دفنه ، وطولب بالفرق بينهما وبين ما إذا وقع الجناح فى الطريق فتعثر إنسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فإن دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح . وأجيب بأن إشراع الجناح فى نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتيل فى الطريق مضافا إلى فعله كحصول نقض الجناح فى الطريق ومن ألقى شيئا فى الطريق كان ضامنا لما عطب به وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فإن نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض فى الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد فى حق النقض لا فى حق القتيل فلذلك جعل فاعلا فى حق القتيل الأول لا فى حق القتيل الثانى وبهذا يعلم حكم ماعطب بالنقض وقد ذكره فى الكتاب واضحا . وقوله (فسقطت) يعنى الجرة بسقوط الحائط ، يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصابت إنسانا فلا ضمان عليه لأنه وضعها على

(قوله فكان تركه أنظر للصبى فلا يلزم الوصى ضمان) أقول : فإن قيل : ينبغى أن لايقدر الوصى على النقض لأن عدمه أنظر . قلنا : المراد هو الأنظرية من وجه (قوله فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم فى نصيبه الخ) أقول : هو يتمكن من إصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم إليه مفيدا كما ذكره المصنف .

الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل إنسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته ، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : عليه نصف الدية على عاقلته فى الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر ، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر ، فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مرّ فى عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل . وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر ، لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك ، بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف ، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية ، والله أعلم .

لا فى تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان فى مال اليتيم على الإطلاق (قوله لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما فى عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول : كان مدعاهما عاما للفصلين أى فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته فى الفصلين ، والدليل الذى ذكره من قبلهما خاص للفصل الأول فكان قاصرا فى الظاهر عن إفادة تمام المدعى ، وعن هذا قال صاحب الكافى بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما ، وفى مسئلة البئر تلفت النفس بالحفر فى ملكه وفى ملك غيره فانقسم نصفين اهـ . والجواب من جانب المصنف هنا هو أن الدليل الذى ذكره من قبلهما وإن كان يخص الفصل الأول بعبارته إلا أنه يعم الفصل الثانى أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذى فطانة ، فاكتفى بذلك ، ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافى أيضا قاصرا عن إفادة تمام المدعى هنا ، لأن الفصل الثانى ليس مسئلة حفر البئر وحدها بل هو مسئلة حفر البئر وبناء الحائط جميعا ، وقد تعرض صاحب الكافى فى التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى .

ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه فى ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل ، كذا فى المبسوط . وقوله (فعليه) أى فعلى كل واحد من حافر البئر وبانى الحائط . وقوله (وله) أى لأبى حنيفة رضى الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر : يعنى فى الحائط ، والعمق المقدر : يعنى فى البئر (لأن أصل ذلك) أى أصل الثقل والعمق كما فى قوله تعالى ـ عوان بين ذلك ـ (وهو القليل) أى ذلك الأصل : يعنى أن الجزء اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الإشهاد فى حق الباقين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه ، وعلى هذا تخرج مسئلة البئر فيقال لهما اجتمع فى حقه معنيان . أحدهما موجب للضمان وهو التعدى بالحفر فى ملك غيره ، والآخر مانع عنه وهو عدم التعدى من حيث الحفر فى ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان . ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن صفة التعدى تحققت فى الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين . وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر فى عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل . وقوله (إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية) يضاف إليه وإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر فى إضافة الضمان إليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وإن تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر ، والله تعالى أعلم .

(قوله أى فعلى كل واحد منهما من حافر البئر وبانى الحائط) أقول : والأولى أن يقول : وعلى ذلك الأحد إذ مرجع الضمير هو لفظ أحدهم .

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

قال (الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أوخبطت ، وكذا

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

لما فرغ من بيان أحكام جناية الإنسان شرع فى بيان أحكام جناية البهيمة ، ولا شك فى تقدم الإنسان على البهيمة رتبة ، فكذا ذكرا ، كذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية . أقول : يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جناية الإنسان مطلقا بل بقى منها أحكام جناية المملوك . ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغى أن يقدم عليها أيضا ذكرا ، فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا فى إفادة حق المقام . وقال فى غاية البيان ، وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق فى المملوك ، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل فى الطريق من الجرصن ونحو ذلك اهـ . أقول : يرد عليه أيضا أنه لو كان هذا الباب ملحقا بباب مايحدثه الرجل فى الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب فى باب مستقل بل كان حقها أن تذكر فى فصل كما قالوا

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الإنسان والجناية عليه فى باب على حدة مما لايحتاج إلى بيان . وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح : لما وطئت الدابة . وقيل يجوز أن يكون مفعولا الإيطاء محذوفين ، وتقديره : أوطأت الدابة يدها أورجلها إنسانا فيكون من باب فلان يعطى . وقوله (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطأت الدابة ، والكدم : العض بمقدم الإسنان . والخبط : الضرب باليد . والصدم : هو أن تضرب الشىء بجسدك ، ومنه اصطدم الفارسان إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشىء إذا ضربته بحدّ حافرها . واعلم أن جناية الدابة لاتخلو من أوجه ثلاثة : لأنها إما أن تكون فى ملك صاحبها ، أو فى ملك غيره ، أو فى طريق المسلمين ، فإن كانت فى ملك صاحبها ملكا كاملا أومشتركا متساويا أو متفاضلا ، فإما أن يكون صاحبها معها أو لايكون ، فإن كان الثانى لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أوسائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفحت أو كدمت ، وإن كان الأول فإما أن يكون سائقا لها أوقائدا ، وإما أن يكون راكبا عليها أولا ، فإن كان الأول لم يضمن صاحبها فى الوجوه كلها أتلفت نفسا أو مالا ، لأن صاحبها فى هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة ، والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعديا ، ولا تعدى فى إيقاف الدابة أو تسييرها فى ملكه ، وإن كان الثانى وهو يسير فإن وطئت بيدها أو برجلها ضمن ، وإن كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لأن فى الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكأنهما وطئا جميعا ، والمباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن ، وفى الثانى متسبب غير متعدّ وإن كانت الجناية فى ملك غير صاحبها ، فإما أن أدخلها صاحبها فيه أولا ، فإن كان الثانى فلا ضمان عليه على كل حال لأنه ليس بمتسبب ولا مباشر ، وإن كان الأول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها أو قائدها أولا واقفة أوسائرة ، لأن صاحبها إما مباشر أومتسبب متعدّ ، إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها فى ملك الغير بغير إذنه ، وإن كانت فى طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف فى الوجوه كلها لأنه بالإيقاف متسبب متعدّ ، إذ ليس له

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

(قوله ذكر جناية البهيمة والجناية عليها الخ) أقول : فإن قيل : ما ذكر فى هذا الباب جناية إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقلته . قلنا : بلما أودع الله سبحانه وتعالى فى البهائم إرادة وإدراكا صح إضافة الجناية إليها ، ولزوم الضمان على غيرها لاينافى تلك الإضافة كما فى الجانى والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا الإيطاء محذوفين) أقول القائل هو الإتقانى (قوله وإن كانت فى طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت فى الوجوه كلها) أقول : هذا إذا أوقفها لغير البول والروث .

إذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) والأصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ، ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لايمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح ، والاحتراز عن الإيطاء وما يضاهيه ممكن ، فإنه ليس من ضرورات التيسير فقيدناه بشرط السلامة عنه ، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فإن أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا) لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه . قال (وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أوحجرا صغيرا ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن ، وإن كان حجرا كبيرا ضمن) لأنه فى الوجه الأول لايمكن التحرز عنه ، إذ سير الدواب لايعرى عنه ، وفى الثانى ممكن لأنه ينفك عن السير عادة ، وإنما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى

فى فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولا يضمن مانفحت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة : يقال نفحت الدابة شيئا إذا ضربته بحدّ حافرها . وقال صاحب النهاية بعد ذلك : كذا فى الصحاح والمغرب ، واقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية . أقول : كون المذكور فى المغرب كذلك مسلم فإنه قال فيه : نفحته الدابة ضربته بحدّ حافرها ، وأما كون المذكور فى الصحاح كذلك فممنوع ، إذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحدّ الحافر بل قال فيه : ونفحت الناقة ضربت برجلها . ثم أقول : بقى إشكال فى عبارة الكتاب وهو أن الذى يظهر مما ذكر فى كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لاتكون النفحة إلا بالرجل فيلزم أن لايصح قوله أو ذنبها فى قوله ولا يضمن مانفحت برجلها أو ذنبها لأنه يقتضى أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لأن الضرب بالرجل كان داخلا فى مفهوم النفحة . لايقال : ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد . لأنا نقول : اعتبار التأكيد والتجريد معا بالنظر إلى كلمة واحدة فى موضع واحد متعذر للتنافى بينهما كما لايخفى على الفطن ، بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة فى الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز ، فيصح ذكر الرجل والذنب

شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه ، وإن كانت سائرة ، فإما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن ، فإن لم يكن فأما إن سارت بإرساله أو انفلتت فإن كان الأول ضمن ما أتلفت مالم تتحول عن جهة الإرسال يمنة أويسرة لأن إرسالها بلاحافظ سبب للإتلاف وهو فيه متعد ، وإن كان الثانى فلا ضمان عليه فى الوجوه كلها ، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكبا كان أو سائقا أو قائدا إلا النفحة بالرجل أوالذنب لأنه مباشر أو متسبب متعد . والغرض من هذا الإسهاب بيان قول المصنف رحمه الله : الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ، إلى قوله : وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب فى ملكه ، لأن هذا الجواب إن استقام فى قوله ما أصابت بيدها أو برجلها لايستقيم فى قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان فى ملكه على مامر آنفا ، وذكر الأصل الذى ينبنى عليه هذه الفروع فقال (والأصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس) أما أنه يتصرف فى حقه فلأن الإنسان لا بد له من طريق يمشى فيه لترتيب مهماته ، فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع . وأما أنه يتصرف فى حق غيره فلأن غيره فيه كهو فى الاحتياج ، فبالنظر إلى حقه يستدعى الإباحة مطلقا ، وبالنظر إلى حق غيره يستدعى الحجر مطلقا ، فقلنا بإباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة . وقوله (والمرتدف فيما ذكرنا) يعنى فى موجب الجناية (كالراكب لأن المعنى)

(قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب فى ملكه) أقول : يعلم كونه محمولا على ما إذا كان الراكب فى الطريق مما ذكره المصنف فى معرض التعليل .

لايختلف . قال (فإن راثت أو بالت فى الطريق وهى تسير فعطب به إنسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا إذا أوقفها لذلك) لأن من الدوابّ ما لايفعل ذلك إلا بالإيقاف . وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعدّ فى هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ، ثم هو أكثر ضررا بالمارّة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) والمراد النفحة . قال رضى الله عنه : هكذا ذكره القدورى فى مختصره ، وإليه مال بعض المشايخ . ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشايخ : إن السائق لايضمن النفحة أيضا وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه .

كليهما بلا إشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف : والمراد النفحة . وقال صاحب النهاية فى شرحه : أى من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها ، وقال : إنما فسر بهذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها الوطء ، وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد ، وإنما الاختلاف فى النفحة ، ولم لو يفسر بهذا لكان للمؤول أن يؤوّل ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك اهـ . واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية . أقول : فيه خلل : أما أوّلا فلأن الظاهر من قولهم : أى من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها أن يكون المراد بالإصابة بيدها وبالإصابة برجلها كليهما هو النفحة ، وليس كذلك إذ لايطلق على الإصابة باليد النفحة وإنما يطلق عليها الخط إذا ضربت باليد ، ولو سلم إطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوّز فلا يجدى هنا ، إذ لافرق بين الوطء باليد والخبط الذى هو الضرب باليد فى وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد ، فلا معنى لأن يكون المراد أحدهما دون الآخر . وأما ثانيا فلأن القدورى لم يذكر الخلاف فى مسئلة السائق أصلا حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها هو الوطء إثبات الاختلاف فى الوطء ، وإنما الذى بين الخلاف فى هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذا فرع تفسيره مراد القدورى بالنفحة لامنشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم . ثم أقول : الحق عندى أن معنى قول المصنف والمراد النفحة هو أن مراد القدورى بقوله أو برجلها فى مسئلة السائق وبقوله دون رجلها فى مسئلة القائد هو النفحة ، وأنه إنما فسر بذلك ليتم قوله فى مسئلة القائد دون رجلها ، إذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فإن وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بلا خلاف أحد (قوله ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول : لقائل أن يقول : إن يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد إذ القود لايتيسر إلا بالنظر والالتفات إلى القدام فيغيب ما فى الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فينبغى أن لايضمن ذلك أيضا فليتأمل فى الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ : إن السائق لايضمن النفحة أيضا وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول : ولقائل أن يقول : ليس على يدها أيضا مايمنعها به كما كان فى فمها

أى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف فى الدابة بالتسيير على ما أراد (لايختلف) لأنها فى أيديهم وتحت تصرفهم . وقوله (ثم هو) يعنى الإيقاف (أكثر ضررا بالمارة) جواب عما يقال : سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله فى كونه تصرفا فى الدابة فليلتحق به ، ووجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الإيقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن) لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد . وقوله (والمراد النفحة) أى من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها ، وإنما فسر بذلك لئلا يتوهم أن المراد به الوطء فإنه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لأحد فيه . وقوله (وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعنى العراقيين . وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعنى بإبعاد الدابة عن المتلف أو بإبعاده عنها . وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر .

(قوله وقوله لما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز . أقول : وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لايمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من

بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها . وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح . وقال الشافعي : يضمنون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم ، والحجة عليه ماذكرناه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الرجل جبار » ومعناه النفحة بالرجل، وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره وهذا تخويف بالضرب . قال (وفى الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليها) ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء ، لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ، لأن سير الدابة مضاف إليه وهى آلة له وهما مسببان لأنه لايتصل منهما إلى المحل شيء ، وكذا الراكب فى غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكم التسبب ، وكذا يتعلق بالإيطاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لايضمن السائق ما أوطأت الدابة) لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب ، والإضافة إلى المباشر أولى . وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان .

. . . .

وقوله (ما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز . وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام « الرجل جبار ») معطوف على قوله ما ذكرناه . ومعنى جبار : هدر ومعناه النفحة بالرجل لأن الوطء مضمون بالإجماع . وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعي رحمه الله لأن فعلها مضاف إليهم : يعنى أن ذلك يكون بالقياس على الإكراه ، ولا يكاد يصح لأن هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به ، قيل وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياسا على الإكراه ، وإنما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها ولا كلام فيه وإنما الكلام فى النفحة ومع ذلك لايخلو عن ضعف . والجواب القوى ماذكره بقوله والحجة عليه ماذكرناه ، وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار» وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلى وبيان الكفارة . وقوله (لما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأن التلف بثقله . وقوله (على ماذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه لايتصل منهما إلى المحل شيء . وقوله (لأن كل ذلك سبب الضمان) يعنى أن كل واحد منهما بانفراده عامل فى الإتلاف فإن السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلفت بالوطء ، وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق فى الإتلاف إلى الركوب ، بل كان التلف مضافا إليهما نصفين ، والمسبب إنما لايضمن مع المباشر إذا كان سببا لايعمل فى التلف عند انفراده ، كالحفر فإنه لايوجب التلف منفردا

التصرف وسد بابه حتى يتم جوابا . وحجة الشافعي فى الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لايخلو عن ضعف) أقول : فإنه إذا كان سير الدابة مضافا إلى راكبها تكون النفحة مضافة إليه أيضا (قوله والجواب القوى ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه) أقول : جواب بطريق المعارضة (قال المصنف : وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول : قال الزيلعى : ألا يرى أن محمدا ذكر فى الأصل أن الراكب إذا أمر إنسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت إنسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان والناخس سائق والآمر راكب ، فتبين بهذا أنهما يستويان . والجواب أن المسبب إنما لايضمن مع المباشر إذا كان السبب لايعمل بانفراده فى الإتلاف كما فى الحفر مع الإلقاء فإن الحفر لايعمل بدون الإلقاء ، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء ، وعند الإلقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما كمسئلة السفينة ، إذ كل واحد منهما لايعمل بانفراده ، وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان انتهى . وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد فى الأصل أن الراكب إذا أمر آخر فنخس الدابة فإن وطئت إنسانا كان الضمان عليهما ، وعلل فقال : لأن الناخس سائق والآخر راكب ، فقد بين بما ذكر أن الراكب والسائق فى ضمان ماوطئت الدابة يشتركان ولايختص به الراكب انتهى . وأنت خبير بأن ماذكره الزيلعى فى معرض الجواب

قال (وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعي : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روى ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه ، لأنه بصدمته آلم نفسه و صاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ، كما إذا كان الاصطدام عمدا ، أو جرح كل واحد منهما نفسه و صاحبه جراحة أوحفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا . ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق فلا يصلح مستندا للإضافة فى حق الضمان ، كالماشى إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لايهدر شىء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا ، لكن الفعل المباح فى غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره . وروى عن علىّ رضى الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت رواياته فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل

من اللجام فلا يمكنه التحرز عما أصابت بيدها أيضا فينبغي أن لايضمنه أيضا فليتأمل فى الجواب (قوله وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) قال فى النهاية : وفى تقييد الفارسين فى الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة ، فإن الحكم فى اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره فى المبسوط ، سوى أن موت المصطدمين فى الغالب إنما يكون فى الفارسين اهـ . وقال فى العناية أخذا من النهاية : حكم الماشيين حكم الفارسين ، لكن لما كان موت المصطدمين غالبا فى الفارسين خصهما بالذكر اهـ . وقال فى معراج الدراية : وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقى أو بحسب الغالب اهـ . وتبعه الشارح العينى . أقول : عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيرا ، فإن الباب الذى نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها . ولا يخفى أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك فى شىء فكان خارجا من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن على رضى الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت رواياته فرجحنا بما ذكرنا) قال فى العناية أخذا من شرح تاج الشريعة : فيه بحث من وجهين : أحدهما أن الخصم أيضا ترجح

عن الدفع الذى هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فإنه من مظانه . وقال (إذا اصطدم فارسان الخ) أى ضرب أحدهما الآخر بنفسه ، وحكم الماشيين حكم الفارسين ، لكن لما كان موت المصطدمين غالبا فى الفارسين خصهما بالذكر ، وما ذكر زفر والشافعى رحمهما الله وجه القياس ، وما قلنا وجه الاستحسان ، وقد روى عن علىّ رضى الله عنه كلا الوجهين فتعارضت رواياته فرجحنا قولنا بما ذكرناه : يعنى قوله لأن فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق الخ ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح . والثانى أن ما ذكر ثم قياس ، والقياس يصلح حجة ، وما صلح حجة لم يصلح مرجحا . والجواب عن الأول أن ماذكره منقوض بالواقع فى البئر بمشيه فيكون فاسدا ، وعن الثانى أن القياس فى مقابلة النص لايصلح حجة . وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة فى جهتهما ، وذلك لأن

بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لايصلح جوابا عما ذكر فى الأصل ، بل هو تحقيق و تفصيل له ، وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب فهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالبا فى الفارسين خصهما بالذكر) أقول : ولعل الأولى أن يقال : إنما خصهما بالذكر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة (قال المصنف : فتعارضت رواياته فرجحنا بما ذكرنا) أقول : فيه بحث من وجهين : أحدهما أن الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح . والثانى أن ما ذكرتم قياس ، والقياس يصلح حجة ، وماصلح حجة لم يصلح مرجحا . والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوض بالواقع فى البئر بمشيه فيكون فاسدا . وعن الثانى أن القياس فى مقابلة النص لايصلح حجة ، كذا فى شرح أكمل الدين وشرح شاهان . وقال صاحب الكفاية : فإن قيل : القياس لايصلح مرجحا لأنه علة ثبت به الحكم ، والترجيح إنما يكون بما ليس بعلة . قلنا : معناه فتعارضت رواياته فتساقطتا فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل . أو نقول : القياس إنما يكون علة عند عدم النص ، فأما عند وجود النص فلا يصلح علة ، وهاهنا النص موجود ، فإذا لم يصر علة يصلح به الترجيح . أو نقول : ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما فى العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضا انتهى .

الفعلان محظوران فوضح الفرق . هذا الذى ذكرنا إذا كانا حرّين فى العمد والخطإ ، ولو كانا عبدين يهدر الدم فى الخطإ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء ، وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة ، وكذا فى العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ماجنى ولم يخلف بدلا ، ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا فى الخطإ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ، ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة لأن أصل أبى حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمى فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل مازاد عليه لعدم الخلف ، وفى العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف فى العمد ، وهذا القدر يأخذه ولىّ المقتول ، وما على العبد فى رقبته وهو نصف دية الحرّ يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة . قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه ، وكذا مايحمل عليها) لأنه متعدّ فى هذا التسبيب ، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشدّ أو الإحكام فيه ، بخلاف الرداء لأنه لايشدّ فى العادة ، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما فى المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة . قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ ، فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة (لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدّيا بالتقصير فيه ، والتسبب بوصف التعدى سبب للضمان ، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال فى ماله (وإن كان معه سائق فالضمان عليهما)

جانبه بما ذكره من المعنى . والثانى أن ماذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا . والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوض بالواقع فى البئر بمشيه فيكون فاسدا ، وعن الثانى أن القياس فى مقابلة النص لايصلح حجة اهـ. أقول : إن الجواب عن الثانى بما ذكر ليس بشىء لأن القياس إنما لايصلح حجة فى مقابلة النص إذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر . وأما إذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة فى مقابلته قطعا ؛ ألا يرى إلى ما تقرّر فى أصول الفقه أن الدليلين إذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب إلى السنة ومن السنة إلى القياس ، وقول الصحابى إن أمكن ذلك ، ولو كان القياس لايصلح فيه حجة فى مقابلة النص الذى ترك العمل به لما صح المصير

الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ، ولكن لم يظهر فى حق نفسه لعدم الفائدة فسقط إيجابه الضمان فى حق نفسه واعتبر فى حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية ، وأما فيما نحن فيه فالمشى مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان فى حق نفسه أصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة أحد له فى قتله ، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر ، كمن مشى حتى سقط فى البئر ضمن الحافر وإن كان السقوط بالحفر والمشى جميعا ، لكن لما كان المشى مباحا لم يعتبر . وقوله (هذا الذى ذكرنا إذا كانا حرّين فى العمد والخطأ) أى وجوب تنصيف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد منهما ، وفى الخطإ الدية الكاملة على ماذكر فى الكتاب ، إلا أنه ذكر الخطأ فى وضع المسئلة والعمد فى بيان قول الخصم . وقوله (فيأخذها) أى قيمة العبد ورثة المقتول الحرّ ، قيل ينبغى أن تسقط عن العاقلة لأن الدية أوّلا تثبت للميت لامحالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون هاهنا موجب جنايته ، فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم ، كما قلنا فى امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوّجها على اليد وما يحدث منه فإن الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة . وأجيب بأن السقوط إنما يكون فيما إذا كان الراجع هو الجانى وهاهنا الراجع وارثه فبالنظر إلى أن المستحق أوّلا هو الجانى يسقط وبالنظر إلى أن الراجع غيره لايسقط فلا يسقط بالشك ، والباقى واضح . وقوله (لأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء) يعنى السرج وسائر الأدوات كما فى المحمول على عاتقه إذا وقع على شىء فأتلفه فإنه يجب الضمان ، بخلاف اللباس فإنه لايقصد حفظه . وقوله (على مامر من قبل) أى فى باب ما يحدثه الرجل فى الطريق . وقوله (ومن قاد قطارا)

لأن قائد الواحد قائد للكل ، وكذا سائقه لاتصال الأزمة ، وهذا إذا كان السائق فى جانب من الإبل . أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ماعطب بما هو خلفه . ويضمنان ماتلف بما بين يديه لأن القائد لايقود ماخلف السائق لانفصام الزمام ، والسائق يسوق مايكون قدامه . قال (وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لايعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره . فإذا ترك الصيانة صار متعديا ، وفى التسبيب الدية على العاقلة كما فى القتل الخطإ (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لأنه هو الذى أوقعهم فى هذه العهدة ، وإنما لايجب الضمان عليهما فى الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط . قالوا : هذا إذا ربط والقطار يسير لأنه أمر بالقود دلالة . فإذا لم يعلم به لايمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لاصريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه . قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصابت فى فورها يضمنه) لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق . قال (ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب فى فوره لم يضمن) والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لايحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة . وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن . ولو

من السنة عند التعارض والتساقط إلى القياس إذ يكون القياس إذ ذاك فى مقابلة السنة لامحالة . والصواب فى الجواب عن الثانى أن يقال : مراد المصنف بقوله فرجحنا بما ذكرنا أنا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذى مآله القياس بعد أن تعارضت روايتاه ، لا أنا رجحنا إحدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل العقلى حتى يتجه عليه أن ممايصلح حجة لايصلح مرجحا . بقى هاهنا شيء ، وهو أنهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعى جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان ، وإذا تعارضت الروايتان عن علىّ رضى الله عنه وتساقطتا فكان مصيرنا فى إثبات قولنا إلى ما ذكرناه من المعقود الذى مآله القياس لزم أن يكون ماقلناه جواب القياس أيضا ، فما معنى قولهم إنه جواب الاستحسان ؟ والجواب أن الاستحسان لاينحصر فى النص ؛ بل قد يكون بالنص كما فى السلم والإجارة وبقاء الصوم فى النسيان ، وقد يكون بالإجماع كما فى الاستصناع ، وقد يكون بالضرورة كما فى طهارة الحيض والآبار ، وقد يكون بالقياس الخفى وهو الأكثر كما صرح بذلك كله فى كتب الأصول ، فالمراد

القطار : الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر ، وكلامه واضح . قال (وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار الخ) رجل ربط بعيرا إلى قطار يقوده رجل . فإما أن يعلم بربطه القائد أو لم يعلم ، فإن كان الثانى وقد وطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لإمكان تحرزه عن ربط الغير ، فإذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية فى مثله على العاقلة كما فى القتل الخطإ ثم ترجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لأنه هو الذى أوقعهم فى هذه العهدة ، كذا فى الجامع الصغير . ووقع فى رواية المبسوط : ضمن القائد ثم يرجع على الذى ربط البعير ، ووفق الإمام المحبوبى رحمه الله بينهما بأنه اعتبر فى المبسوط حقيقة الضمان . فإنه فى الحقيقة على القائد والرابط ، إلا أن العواقل تعقل عنهما . واعتبر فى الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة ، وإن كان الأول لم يرجعوا لأن القائد حين علم بالربط فقد رضى بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره . وقوله (وإنما لايجب الضمان عليهما ابتداء) ظاهر . وقوله (قالوا) يعنى أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف ، والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا : أى رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط والقطار يسير . أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها فإنه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد ، والوجه ما ذكره فى الكتاب . وقوله (ومن أرسل بهيمة) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا ، ومعنى سوقه إياه أن يمشى خلفه (ولو أرسل طيرا) أى بازيا وساقه فأصاب فى فوره بأن قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار

أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل . ووجه الفرق أن البهيمة مختارة فى فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها ، هذا هو الحقيقة ، إلا أن الحاجة مست فى الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة فى حق ضمان العدوان . وروى عن أبى يوسف أنه أوجب الضمان فى هذا كله احتياطا صيانة لأموال الناس . قال رضى الله عنه : وذكر فى المبسوط إذا أرسل دابة فى طريق المسلمين فأصابت فى فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه مادامت تسير على سننها ، ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال فى الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد ، لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد ، وهذه تنافى مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الإرسال ، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا فى فوره لايضمنه من أرسله ، وفى الإرسال فى الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه ، أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدى . قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فوره ضمن المرسل ، وإن مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لايضمن لما مر ، ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا (لاضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام « جرح العجماء جبار » وقال محمد رحمه الله : هى المنفلتة ، ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه

بالاستحسان فى قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان هو القياس الخفى المقابل للقياس الجلى فلا إشكال (قوله أما الإرسال للاصطياد فمباح) قال بعض الفضلاء : نعم إلا أنه لم لايكن مقيدا بشرط السلامة اهـ . أقول : جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبيب إلا بوصف التعدى ، فإن كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة إنما هو فيما وجد فيه التعدى كما فى المرور فى طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذى هو حق العامة . وأما فيما لايوجد فيه التعدى كما فى الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة ، لأن الضمان فى أمثال ذلك إنما يتصور بالتسبيب ولا تسبيب إلا بوصف التعدى ، وحيث لم يوجد التعدى لم يتصور التسبيب فلا ضمان أصلا. وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة فى الطريق وبين إرسال الكلب أو البازى للاصطياد فى الذخيرة حيث قال : وجه الفرق أن إرسال الدابة فى الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه ، فما تولد منه يكون مضمونا عليه . وأما إرسال الكلب أو البازى من غير اتباع معه فليس بتعد منه لأنه لايمكنه الاتباع ، والمتسبب فى الإتلاف لايضمن إلا إذا كان متعديا اهـ تبصر (قوله ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم مايوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته) وهى السوق والقود والركوب ، كذا فى عامة الشروح . وقال فى النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق

السوق والإرسال فيه فى حق الضمان ، حتى لو كان ذلك فى الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شىء . وقوله (انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق سواه) أى سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لاينقطع حكم الإرسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة . وقوله (وكذلك إذا وقفت ثم سارت) أى ينقطع حكم الإرسال . وقوله (وهذه) أى وقفة الدابة تنافى مقصود المرسل وهو السير ، فإن مقصوده من الإرسال هو السير لا الوقوف . وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما إذا أوقفت لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسئلة ، وتبين به الفرق بين الإرسالين كما بين بقوله بخلاف ما إذا وقفت الفرق بين الوقفتين . وقوله (على فوره) أى فور الإرسال وهو أن لاتميل يمينا ولا شمالا . وقوله (لما مر) إشارة إلى قوله انقطع حكم الإرسال . وقوله (قال محمد رحمه الله : هى المنفلتة) أى العجماء التى أهدر النبى صلى الله عليه وسلم فعلها هى

(قوله بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : أما الإرسال للاصطياد فمباح) أقول : نعم ، إلا أنه لم لايكون مقيدا بشرط السلامة .

من الإرسال وأخواته . قال (شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها) لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان (وفى عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة ، وكذا فى عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعى : فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة . ولنا ما روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة » وهكذا قضى عمر رضى الله عنه . ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل

اللفظ أن يقول : من الإرسال وأمثاله ، أو يقول : من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة ، إذ السوق أو القود لما كان أختا لا أخا للإرسال كان الإرسال أختا أيضا ، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدى أخا وبعضها أختا من غير دليل اهـ . وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية : وليس بشىء لأنه ليس هنا مؤنث معنوى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اهـ . أقول : ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية . فإنه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداء التأنيث البتة حتى يقال : ليس هنا مؤنث معنوى يقتضى الإتيان بأداة التأنيث . بل قال : كان حقه أن يجعل أسباب التعدّى فى قرن واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال من الإرسال وأمثاله . أو يقال من الإرسال وأخواتها . وإلا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤنثا من غير أمر يدعو إليه . وما ذكره صاحب العناية لايدفع ذلك لامحالة . ثم أقول : الوجه فى دفع ذلك أن يقال : لما جاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار مافى ظاهر لفظ كل واحد منها وفى معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعلة صح فى كل واحد منها الوجهان . ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهى الجمع بين المتضادين كما فى قوله تعالى ـ ولكم فى القصاص حياة ـ على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنث بعضها فقال من الإرسال وأخواته تدبر تقف (قوله ولنا ما روى أن النبىّ عليه الصلاة والسلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة) قال فى العناية : فإن قيل : يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه . فالجواب أن المعنى الذى أوجب ذلك فى غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود فى مأكول اللحم فيلحق به اهـ . أقول : فى الجواب نظر ، إذ لمانع أن يمنع أن المعنى الذى أوجب ذلك فى غير مأكول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها لجواز كون أن لايقصد منه اللحم أصلا كما يقصد ذلك من الشاة داخلا فى كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود فى مأكول اللحم ، إذ قد يقصد منه اللحم كما تقصد تلك الأمور المذكورة أيضا فلا يتم الإلحاق كما لايخفى (قوله ولأن فيها مقاصد سوى اللحم الخ) أقول : فيه كلام . أما أوّلا فلأن

المنفلتة لاالتى أرسلت ، فإن إفسادها إذا كان فى فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الأجراء على عمومه . وقوله (من الإرسال وأخواته) يعنى السوق والقود والركوب . قال فى النهاية : كان من حق الكلام أن يقول من الإرسال وأمثاله أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق والقود لما كان أختا لا أخا للإرسال كان الإرسال أختا أيضا ، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدى أخا وبعضها أختا من غير دليل ، وليس بشىء لأنه ليس هاهنا مؤنث معنوى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك . قال (شاة لقصاب فقئت عينها) الجزر : القطع ، وجزر الجزور : نحرها ، والجزور ما أعدّ من الإبل للنحر يقع على الذكر والأنثى وهى مؤنث ، وإنما قال : وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين أن البقر والإبل وإن أعد اللحم كالشاة لايختلف الجواب فيهما ، بل سواء كانا معدّين للحم أو للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما فى الذى لايؤكل لحمه كالبغل والحمار . وقال الشافعى رحمه الله : فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر . ولنا ما روى خارجة ابن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك فتركنا القياس . فإن قيل : يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لايؤكل لحمه . فالجواب أن المعنى الذى أوجب ذلك فى غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال ، والعمل موجود فى مأكول اللحم فيلحق به. وقوله (ولأن فيها مقاصد سوى اللحم) دليل معقول على ذلك وهو واضح .وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فإن المقصود منها

(قوله أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة) أقول: الأظهر بتأويل الفعلة ، إذ ليس المراد بالإرسال وأخواتها الألفاظ بل معانيها (قوله والركوب) أقول : البقر ما خلقت للركوب والحمل ، إلا أن يقال: لاقائل بالفصل بين البقر والإبل .

والركوب والزينة والجمال والعمل ، فمن هذا الوجه تشبه الآدمى وقد تمسك للأكل ، فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى إيجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف . ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها . قال (ومن سار على دابة فى الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما . ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ؛ ولأن الناخس متعدّ فى تسبيبه والراكب فى فعله غير متعدّ فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى . حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب

هذا الدليل لايتمشى فى غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس ، بل هو بحكم انعكاسه يقتضى أن يكون الجواب فى غير مأكول اللحم غير الجواب فى مأكول اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وإن كان كلا منهما داخل فى المدعى هنا . وأما ثانيا فلأن قوله بشبه الآدمى فى إيجاب الربع : يعنى عملنا بشبه الآدمى فى إيجاب الربع ليس بواضح ، لأن شبه الآدمى لايقتضى إيجاب الربع بل يقتضى إيجاب النصف ، لأن الواجب فى الآدمى فى الجناية المزبورة هو النصف . وإنما المقتضى لإيجاب الربع مجموع الشبهين ، كيف ولو كان المقتضى لإيجاب الربع شبه الآدمى فقط لما احتيج إلى العمل بالشبه الآخر كما لايخفى . فالظاهر فى الأداء أن يقال : فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى إيجاب المقدر من غير اعتبار النقصان ، وبالشبه الآخر فى نفى النصف الواجب فى عين الآدمى فوجب الربع عملا بهما . وقد أشار إليه صاحب الكافى حيث قال : فأشبه الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب فى الإنسان عملا بهما اهـ . نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى لكن عبارته لاتساعده كما ترى (قوله ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أقول : يرد عليه ما ذكره

اللحم وفقء العين لايفوّته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية . وقوله (ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها) دليل آخر . وهو أيضا واضح لكن الاعتماد على الأول ؛ ألا ترى أن العينين لايضمنان بنصف القيمة ، كذا قاله فخر الإسلام رحمه الله ، وإنما قال ذلك لأن المعمول به فى هذا الباب النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه . وقوله (أو نخسها) يعنى بغير إذن الراكب والنخس هو الطعن ، ومنه نخاس الدواب دلالها . فإن قيل : القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وإن لم يكن متعديا لأن التعدى ليس من شرطه ، فإن لم يختص به فلا أقل من الشركة . فالجواب أن القياس يترك بالأثر ، وفيه أثر عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، وقد أشار المصنف رحمه الله إلى الجواب بقوله ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس ، لأن فعل الراكب قد انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطرا فى حركته ، وفعل الدابة قد انتقل إلى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك ملجئا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على مافعل فى الدابة ، والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشرا لايعتبر مباشرا كما فى الإكراه الكامل ، فلا يجب عليه جزاء المباشرة إن فرض مباشرا ولا التسبيب أيضا لأنه يعتمد التعدّى وهو مفقود . فإن قيل : ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق أيضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهى مما لايمكن التحرز عنها ؟ فالجواب أنها لاتوجبه على السائق إذا كان بالإذن وهاهنا بلا إذن ، فلو نخس وهو مأذون كان سائقا ، وإمكان التحرز إنما يمكن فى حق غير المتعدى وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر . وقوله (ولأن الناخس متعدّ فى تسبيبه) دليل آخر ، وفيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدى ليس من شرطه ،

(قوله والجمال والعمل موجود الخ) أقول : فيه بحث (قوله فإن قيل : القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا) أقول : ممنوع بل سبب هنا ، ويجوز أن يقال : أشار إلى هذا الشارح بقوله إن فرض مباشرا (قال المصنف : فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أقول : مخالف لما أسلفه فى هذا الباب مجيبا عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره ، وهذا

والناخس نصفين لأنه متعدّ فى الإيقاف أيضا . قال (وإن نفحت الناخس كان دمه هدرا) لأنه بمنزلة الجانى على نفسه (وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس) لأنه متعدّ فى تسبيبه وفيه الدية على العاقلة . قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناه . والواقف فى ملكه والذى يسير فى ذلك سواء . وعن أبى يوسف أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين . لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة ، والثانى مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما . وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ، ولا ضمان عليه فى نفحتها لأنه أمره بما يملكه ، إذ النخس فى معنى السوق فصح أمره به . وانتقل إليه لمعنى الأمر . قال (ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا

فيما مر فى مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعى بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره ، وهذا تخويف بالضرب . وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر فى المقامين (قوله ولأن الناخس متعدّ فى تسبيبه والراكب فى فعله غير متعدّ فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى) قال صاحب العناية : فيه نظر ، لأن الراكب إن كان فعله معتبرا فهو مباشر ، والتعدى ليس من شرطه ، وإن لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول . ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا تلف بالوطء لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم ، وليس الكلام هنا فى ذلك وإنما هو فى النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس فى التغريم للتعدى اهـ كلامه . أقول : فى الجواب نظر ، لأن حاصله اختيار الشق الأول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه ، فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه ، لأن مداره أن لايكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان ، اللهم إلا أن يحمل أحدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل (قوله وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ، ولا ضمان عليه فى نفحتها لأنه أمره بما يملكه ، إذ النخس فى معنى السوق فيصح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر) أقول : لقائل أن يقول : هب أن النخس فى معنى السوق وأن الراكب كان يملكه فأمر الناخس به ، لكن الأمر به إنما يتناوله من حيث أنه سوق لامن حيث أنه إتلاف كما سيجىء التصريح به فى المسئلة الآتية ، فمن حيث أنه إتلاف ينبغى أن يقتصر على الناخس ولا ينتقل إلى الراكب فيجب على الناخس الضمان لتعدّيه فى الإتلاف كما فى المسئلة الآتية فتفكر فى الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعا

وإن لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول . ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا أتلفت بالوطء لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم ، وليس الكلام هاهنا فى ذلك ، وإنما هو فى النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين ، وترجح الناخس فى التغريم للتعدى ، وفى استعمال الترجيح هاهنا تسامح ، لأن شرطه إذا كان مفقودا لايصلح معارضا حتى يحتاج إلى الترجيح ، ولعل معناه اعتبر موجبا فى التغريم لأن الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وإرادة المسبب . وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله ولأن الراكب والمركب مدفوعان ، وفى النهاية هو قوله لأنه متعد فى تسبيبه وليس بشىء فتأمل . وقوله (والواقف فى ملكه والذى يسير فى ذلك سواء) يعنى يجب الضمان على الناخس فى كل حال ، وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الإيقاف فى غير الملك فإنه يتنصف الضمان هناك على عاقلتهما . وقوله (والثانى) أى الوطء (مضاف إلى الناخس) لأنه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة ، وهذه رواية ابن سماعة عن أبى يوسف

تخويف بالضرب تأمل (قوله هاهنا تسامح لأن شرطه الخ) أقول : أى شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدى ، والضمير راجع إلى فعل الراكب ، والشرط ليس شرطا له نفسه ، بل لاعتباره فى التغريم فيئول المعنى إلى ما ذكرنا (قوله لايصلح معارضا) أقول : أى لايصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناخس (قوله ولعل معناه الخ) أقول : فيه بحث (قوله وليس بشىء فتأمل) أقول : لورود النظر

إذا كانت فى فورها الذى نخسها) لأن سيرها فى تلك الحالة مضاف إليهما . والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف ، فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب ، وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لايترجح صاحب العلة ، كمن جرح إنسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا . ثم قيل : يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الإيطاء لأنه فعله بأمره . وقيل لايرجع وهو الأصح فيما أراه ، لأنه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه ، وصار كما إذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبى فإنهم لايرجعون على الآمر لأنه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه ، وكذا إذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لايرجع على الآمر ، ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإيطاء فى فور النخس حتى يكون السوق مضافا إليه ، وإذا لم يكن فى فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقى السوق مضافا إلى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت فى فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه ، والناخس إذا كان عبدا فالضمان فى رقبته ، وإن كان صبيا ففى ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما) ولو نخسها شىء منصوب فى الطريق

إذا كانت فى فورها الذى نخسها ، لأن سيرها فى تلك الحالة مضاف إليهما) أقول : ولقائل أن يقول : الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به ، والناخس مسبب كما مر فى الكتاب ، وإذا اجتمع المباشر والمسبب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به سيما فى مسئلة الراكب والسائق ، فما بالهم خرموا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر (قوله والإذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) قال فى النهاية : أى يقتصر الضمان على الناخس . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس إتلافا أن يكون الناخس متعديا بكونه مسببا لجناية الدابة ، ولا يلزم منه أن لايوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد فى مسئلتنا ، فإن الراكب فيها مباشر ، ولا أقل من أن يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة . فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه : أى فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس : أى لاينتقل إلى الآمر وهو الراكب ، كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا كما فى المسئلة الأولى ، فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لايخفى على ذوى الأفهام (قوله والناخس إذا كان عبدا فالضمان فى رقبته)قال فى العناية : قوله والناخس

رحمهما الله . وقوله (مضاف إليهما) أى إلى الراكب والناخس . وفى بعض النسخ إليها : أى إلى النخسة . وقوله (ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف) لوجود انفصال السوق عن الإتلاف فليس عينه ولا من ضروراته . وقوله (يقتصر عليه) أى على الناخس لأن الراكب أذن له بالسوق لابالإيطاء والإتلاف . وقوله (والركوب وإن كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة فى الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ، ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس ، والناخس صاحب شرط فى حق فعل الوطء ، والإضافة إلى العلة أولى . ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب ، بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء ، فكان الوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما ، وقد مثل لذلك بما ذكر فى الكتاب وهو واضح . وقوله (وصار كما إذا أمر صبيا يستمسك) إنما قيد بذلك لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد ، أما على الصبى فلأن مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فلأنه لم يسيرها ، وإذا لم يضف سيرها إلى أحد كانت منفلتة وفعلها جبار . وقوله (والناخس إذا كان عبدا)

المذكور آنفا (قال المصنف : إذا كانت فى فورها الذى نخسها) أقول : قوله الذى بدل من الضمير المضاف إليه ، وتذكير اسم الموصول

فنفحت إنسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعدّ بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله ، والله أعلم .

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

قال (وإذا جنى العبد جناية خطإ

إذا كان عبدا : يعنى ونخس بغير إذن الراكب فالضمان فى رقبته يدفع بها أو يفدى اهـ . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإنه إذا كان التلف بالوطء فى فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية ، وفى عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ماصرحوا به إذا كان النخس بإذن الراكب اهـ . أقول : بحثه ساقط ، فإن مراد صاحب العناية أن جواب هذه المسئلة على وجه الإطلاق من غير تفصيل كما ذكر فى الكتاب إنما هو فيما إذا نخس بغير إذن الراكب . لأنه لايتصوّر كون الضمان فى رقبته فى شيء من الصور إلا إذا كان نخس بغير إذن الراكب ، لا أنه يتصور حتى يتجه عليه أن فى صورة التلف بالوطء فى فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفى رقبة العبد نصفها إذا كان النخس بإذن الراكب كما صرحوا به ، ويرشد إلى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه أن صاحب النهاية وغيره قالوا فى شرح قول المصنف والناخس إذا كان عبدا فالضمان فى رقبته ، هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب ، وأما إذا نخسه بإذن الراكب فلا يخلو إما أن كانت من الدابة نفحة أو وطء فقد ذكر حكمها فى المبسوط . وقال : إذا كان الرجل يسير فى الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما ، لأن فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المأمور أو حرا ، وإن وطئت فى فورها ذلك إنسان فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفى عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب : إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لأنه صار غاصبا للعبد باستعماله إياه فى نخس الدابة : فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اهـ تأمل .

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد ، وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر ، كذا فى الشروح . أقول : فيه شيء ، وهو أن لقائل أن يقول : ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحرّ مطلقا بل بقى منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو إنما يتبين فى هذا الباب ، وكذا ما وقع الفراغ من بيان

يعنى ونخس بغير إذن الراكب فالضمان فى رقبته يدفع بها أو يفدى ، والباقى ظاهر إلى آخره والله أعلم .

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحرّ والجناية عليه شرع فى بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد ، وأخره لانحطاط رتبته عن رتبته . لايقال : العبد لايكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة ، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك . قال (وإذا جنى العبد جناية خطإ) اعلم أن التقييد بالخطإ هنا

بنوع تأويل أو صنعة له على مذهب الكسائى (قوله يعنى ونخس بغير إذن الراكب الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا كان التلف بالوطء فى فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية ، وفى عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ماصرحوا به إذا كان النخس بإذن الراكب . قال العلامة الكاكى : إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ونصف الدية لأنه صار غاصبا للعبد باستعماله إياه فى نخس الدابة ، وإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ .

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعي : جنايته فى رقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الأرش وفائدة الاختلاف فى اتباع الجانى بعد العتق . والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم . له أن الأصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجانى ، إلا أن العاقلة تتحمل عنه ، ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندى بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب فى ذمته كما فى الدين . ويتعلق برقبته يباع فيه كما فى الجناية

أحكام الجناية على الحر مطلقا بل بقى منه بيان حكم الجناية العبد على الحر ، وهو أيضا إنما يتبين فى هذا الباب ، فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحرّ على الحرّ شرع فى بيان جناية المملوك والجناية عليه ، ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب أخرّه لانحطاط رتبة المملوك عن المالك . ثم قال صاحب العناية : لايقال العبد لايكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة ، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهو ملاك اهـ . أقول : فيه أيضا شيء ، إذ لقائل أن يقول : إن أراد أن جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهى تسير لايكون باعتبار أحد منهم ، وإلا لوجب عليهم الضمان فى تلك الصورة ، وليس كذلك كما عرف فى بابها . وكذا الحال فيما إذا أصابت بيدها أورجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أوحجرا صغيرا ففقأ عين إنسان أوأفسد ثوبه ، وكذا إذا انفلتت فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا فى بابها . وإن أراد أن جنايتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لايتم به تمام التقريب . ويمكن أن يقال : الصور التى لايجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرا مما لايترتب عليه حكم من أحكام الجناية فى الشرع ، وإنما ذكرت فى بابها استطرادا ، وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الأحكام الشرعية فيتم التقريب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم) قال فى الكافى والكفاية : فعن ابن عباس رضى الله عنه مثل مذهبنا ، وعن عمر وعلىّ رضى الله عنهما مثل مذهبه . وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضى الله عنه كما هو مذهبنا . وعن عمر وعلىّ رضى الله عنهما كما هو مذهبهما ، فإنهما قالا : عبيد الناس أموالهم ، وجناياتهم فى قيمتهم : أى أثمانهم . وقال فى غاية البيان : روى أصحابنا كالقدورى وغيره فى كتبهم عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : عبيد الناس أموالهم ، وجناياتهم فى قيمتهم وعن علىّ رضى الله عنه مثله . وقال فى معراج الدراية . روى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم فى رقاب الناس كمذهبنا ، وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنهم . وروى

مفيد فى الجناية فى النفس ، لأنه إذا كان عمدا يجب القصاص ، وأما فيما دون النفس فلا يفيد لأن خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فإنه يوجب المال فى الحالين ، إذ القصاص لايجرى بين العبد والعبد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس ، وقوله (قيل لمولاه إما تدفعه بها أو تفديه) يعنى بعد الاستيفاء ، فإنه لايقضى على المولى بشىء فى ذلك حتى يبرأ المجنى عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحرّ ، وقد بينا أنه يستأنى فى جناية الحرّ لأن موجبها يختلف بالسراية وعدمها ، والقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول و هو لايجوز . وقوله (وفائدة الاختلاف فى اتباع الجانى بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق ، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم) فعن ابن عباس رضى الله عنهما مثل مذهبنا ، قال : إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه ، وهكذا روى عن علىّ ومعاذ بن جبل رضى الله عنهما وغيرهما . وروى عن علىّ رضى الله عنه مثل مذهبه . قال : عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم فى قيمتهم : أى فى أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد . وقوله (فتجب فى ذمته) أى فى ذمة العبد كما فى الدين ، فإن الدين فى ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيه إلا أن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكذا فى الجناية على المال ، وفى بعض النسخ كما فى الذمى يعنى إذا قتل الذمى رجلا خطأ تجب ديته فى ذمته لا على عاقلته كما

(قوله فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال : إذا جنى العبد) أقول : يعنى قال ابن عباس : إذا جنى العبد الخ .

على المـال . ولنا أن الأصل فى الجناية على الآدمى حالة الخطإ أن تتباعد عن الجانى تحرزا عن استئصاله والإجحاف به ، إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية ، وتجب على عاقلة الجانى إذا كان له عاقلة ،

عن عمر رضى الله عنه مثل مذهبه ، فإنه قال : عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم فى قيمتهم : أى فى أثمانهم ، لأن الثمن قيمة العبد اه . أقول : قد اضطربت كلماتهم فى الرواية عن علىّ رضى الله عنه ، فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى . ثم أقول : قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال : ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنه روى عن علىّ وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينقل الإنكار عليهما من أحد منهم فيكون إجماعا منهم اه . ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم (قوله ولنا أن الأصل فى الجناية على الآدمى فى حالة الخطإ أن تتباعد عن الجانى الخ) قال صاحب العناية : فيه بحث ، وهو أن الحكم فى المسئلة مختلف ، فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على أصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر . ويمكن أن يقال : الشافعى رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنايته فى ذمته كوجوب الدين فى ذمته وكوجوب الجناية على المـال ، فنحن إذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل . وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمى فإنهم لايتعاقلون فيما بينهم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر . وقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لاتعقل المـال فيجب فى ذمته . وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستندا إلى النص الذى لايعقل إبطاله ليس بمقيس على مايبطل بإبداء الفارق ، إلى هنا كلامه . أقول : جوابه ليس بتام . أما أوّلا فلأنه لاشك أن مدار دليل الشافعى ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد فى ذمته على وجوب الدين فى ذمته ووجوب الجناية على المـال فى ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل ، بل مدار دليله على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لاغير ، وإنما ذكر وجوب الدين فى ذمته ووجوب الجناية على المـال فى ذمته فى ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كله تقرير المصنف ، فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لايخفى . وأما ثانيا فلأن للشافعى أن يقول : أصلنا مستند إلى النص كما أن أصلكم مستند إلى النص ، وهو ما روى عن عمر رضى الله عنه ليس بمقيس على مايبطل بإبداء الفرق . ثم أقول : الحق فى الجواب عن البحث المذكور أن يقال : الكلام فى تعليل هذه المسئلة من قبيل ردّ المختلف إلى المختلف وهو أن العاقلة من هى ؟ فقال الشافعى هى أهل العشيرة ، وقلنا هى أهل النصرة ، وقد ذكر ذلك فى أوائل كتاب المعاقل مدللا

فى إتلاف المـال . وقوله بعد هذا بخلاف الذمىّ يدل على صحة هذه النسخة . وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر . وفيه بحث ، وهو أن الحكم فى المسئلة مختلف . فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا . وهو بناه على أصل ونحن على أصل . فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر . ويمكن أن يقال : الشافعى رحمه الله جعل موجب جنايته فى ذمته كوجوب الدين فى ذمته وكوجوب الجناية على المال . ونحن إذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل . وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذمى فإنهم لايتعاقلون فيما بينهم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر . وبقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المـال فتجب فى ذمته . وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند إلى النص الذى لا يعقل إبطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بإبداء الفارق . على أن قوله إن الأصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف يبطل أيضا بقولنا الأصل ذلك فى موجب الجناية العمد أو الخطإ والأول مسلم ولا يفيده . إذ الكلام فى الخطإ والثانى عين النزاع . وقوله (لأنه هو الجانى غير مفيد) لأنه يحتاج أن يقول : والأصل فى الجانى أن يكون موجب جنايته على نفسه لأنه المتلف فهو مصادرة على المطلوب .

(قوله وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستندا إلى النص الذى لايعقل إبطاله) أقول : بل النص يدل على خلافه وهو حديث « لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا » الحديث .

والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به . والأصل فى العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان ، بخلاف الذمى لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر . وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لاتعقل المال ، إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد ، وفى إثبات الخيرة نوع تخفيف فى حقه كيلا يستأصل ، غير أن الواجب الأصلى هو الدفع فى الصحيح ، ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما فى مال الزكاة ، بخلاف موت الجانى الحرّ لأن الواجب لايتعلق بالحرّ استيفاء فصار كالعبد فى صدقة الفطر . قال (فإن دفعه ملكه ولىّ الجناية وإن فداه فداه بأرشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلأن التأجيل فى الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين .

ومفصلا ، وقد قامت لنا حجة على الشافعى هناك فاكتفينا هنا بجعل ذلك المختلف أصلا لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء : ليس يخالف هذا حديث « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا » اه . وقال صاحب التسهيل : يشكل هذا على مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد إذا جنى على الحرّ لايعقله العاقلة عنده فلايصح هذا التعليل على مذهبه اه . وذكره أيضا بعض العلماء فى حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذا من التسهيل كما هو حاله فى أكثر إيراداته فى تلك الحاشية . أقول : فى الجواب عما ذكره كلهم هنا أن لفظة العاقلة إنما تطلق على الجماعة لاعلى الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا ، فإن الفقهاء قالوا : العاقلة الذين يعقلون : أى يؤدون العقل وهو الدية كما سيجىء فى الكتاب . وفى المغرب : العاقلة هى الجماعة التى تغرم الدية ، وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه : أى الذين يرتزقون من ديوان على حدة اه . وقال فى الصحاح : وعاقلة الرجل عصبته ، وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ . وقال أهل العراق : هم أصحاب الدواوين اه . إلى غير ذلك من المعتبرات . فإذا تقرر هذا تبين أن المراد بما فى الحديث أن العواقل

وقوله (إلا أنه يخير) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما فى سائر العواقل . ووجه ذلك ما ذكره فى الكتاب ، وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ، ولما كان فى سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لايوجب الإجحاف ، وأما هاهنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه بإثبات الخيار . وقوله (غير أن الواجب الأصلى هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية فى ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما فى الحرّ الجانى إذا مات فإن العقل لايسقط عن عاقلته . ووجهه أن الواجب الأصلى هو الدفع ، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما فى مال الزكاة فإن الموجب الأصلى فيه جزء من النصاب ، وللمالك أن ينتقل إلى القيمة (ولهذا) أى ولكون الواجب الأصلى هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل . وقوله (فى الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمرتاشى رحمه الله أن الدية هو الأصل ، ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجانى ، وإنما كان ذلك صحيحا لما ذكر فى الأسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله ذكر أن الواجب الأصلى هو الأرش على المولى وله المخلص بالدفع . ثم قال : والرواية بخلاف هذا فى غير موضع ، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد . وقوله (بخلاف موت الحرّ الجانى) جواب عما يذكر هاهنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا . ووجهه أن الواجب لايتعلق بالحرّ استيفاء فصار كالعبد فى صدقة الفطر فى أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد . قال (فإن دفعه ولىّ الجناية) فإن دفع المولى العبد الجانى ملكه المجنى عليه (وإن فداه فداه بأرش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالا : أما الدفع فلأن الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر . فالتأجيل فى الأعيان باطل لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفها وتحصيل الحاصل باطل ، وأما الفداء فلأنه لما جعل بدلا عن العبد فى الشرع قام مقامه ولهذا سمى فداء فيأخذ حكمه . قيل كون

(قال المصنف : والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) أقول : أليس يخالف ما قلنا لحديث « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا » (قوله والقسمة على وجه لايورث الإجحاف) أقول : الظاهر أن يقال : لايؤثر الإجحاف .

وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد فى الشرع وإن كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمى فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وأيهما اختاره وفعله لاشيء لولىّ الجناية غيره) أما الدفع فلأن حقه متعلق به ، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط . وأما الفداء فلأنه لاحق له إلا الأرش . فإذا أوفاه حقه سلم العبد له ،

التى هى الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا ، وأن مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى هو أن العبد إذا جنى على الحرّ لا تعقله العاقلة : أى الجماعة بل يغرم مولاه جنايته ، فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ : ومعناه والمولى كعاقلته لأن العبد يستنصر به كما يستنصر الحرّ بعاقلته يرشد إليه قول صاحب الكافى فى كتاب المعاقل : لاتعقل العاقلة ماجنى العبد على حرّ لأن المولى فى كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لايتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اهـ . فلا يخالف ماذكروا هنا حديث « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا » ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من أنّ العبد إذا جنى على الحرّ لاتعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد فى الشرع وإن كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمى فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل) قال فى العناية قيل كون الشيء بدلا عن شيء لايستلزم الاتحاد فى الحكم ؛ ألا يرى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد فى الحكم فإن القصاص لايتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالا تعلق به ، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك . وأجيب أن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية فى النفس أو العضو أشبه الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضى كون الفداء كذلك ، ولما اختاره المولى كان دينا فى ذمته كسائر الديون وذلك يقتضى كونه كذلك : أى كسائر الديون حالا ، لأن الأجل فى الديون عارض ولهذا لايثبت إلا بالشرط كما تقدم ، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه ؛ وهذا كلام حسن وإن لم يكن فى لفظ المصنف مايشعر به اهـ . أقول : بل هو كلام قبيح ، لأن الموافقة فى الحكم بين الأصل وفرعه إن كانت أمرا لازما أو راجحا يرتفع السؤال عن أصله ، ويكفى ذكر هذه المقدمة فى الجواب عنه ، ويصير باقى المقدمات المذكورة فى الجواب المزبور مستدركا جدا ، وإن لم تكن أمرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال . وقال فى العناية : ويجوز أن يقال : الأصل أن لايفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية ، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية ، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لأن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به ، والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهرا شرعا ، بخلاف الماء ، وفيما نحن فيه ليس أمر ضرورى يمنعه عن الحلول الذى هو حكم أصله فيكون ملحقا به اهـ . أقول : فيه بحث ، إذ كان حاصل السؤال أن كون الشيء بدلا عن شيء لايستلزم الاتحاد فى الحكم فيلزم أن يكون المراد فى الجواب بقوله الأصل أن لايفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية ، هو أن الأصل أن لايفارقه فى الحكم إلا بأمور ضرورية ، ولا يدل عليه التعليل الذى ذكره بقوله فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لاتتغير إلا بأمور ضرورية ، إذ الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لاتتغير إلا بأمور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لاتتغير نفسها إلا بالضرورة ، لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لايتغير حكمها بعد أن تغيرت نفسها إلا بالضرورة . والمطلوب فيما نحن فيه هو الثانى دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم (قوله وأما الفداء فلأنه لاحق له إلا الأرش) أقول : فيه إشكال سيما فى الحصر .

الشيء بدلا عن شيء لايستلزم الاتحاد فى الحكم . ألاترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا فى الحكم ، فإن القصاص لايتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالا تعلق به ، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك . وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية فى النفس أو العضو أشبه الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضى كون الفداء كذلك ، ولما اختاره المولى كان دينا فى ذمته كسائر الديون وذلك يقتضى كونه كذلك : أى كسائر الديون حالا ، لأن الأجل فى الديون عارض ولهذا لايثبت إلا بالشرط كما تقدم ، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع

فإن لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه على مابيناه . وإن مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحوّل الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى . قال (فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن . وهذا ابتداء جناية . قال (وإن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى وليى الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تفديه بأرش كل واحد واحد منهما (لأن تعلق الأولى برقبته لايمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ؛ ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الأول أولى أن لا يمنع . ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتهما (وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع أروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثا (لأن أرش العين على النصف من أرش النفس . وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى أن يفدى من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد (لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهى الجنايات المختلفة . بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهى الجناية المتحدة . والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا

إذ قد تقرّر فيما قبل أن الواجب الأصلى فى جناية العبد هو الدفع فى الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب ، إلا أنه كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما فى مال الزكاة . فإذن كان حق ولىّ الجناية منحصرا فى الدفع على ماهو الواجب الأصلى فى جناية العبد ، فإن لم ينحصر فيه فما معنى حصره فى الأرش بقوله لا حق له إلا الأرش . وهذا يكون مناقضا

أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه . وهذا كلام حسن وإن لم يكن فى لفظ المصنف رحمه الله ما يشعر به . ويجوز أن يقال الأصل أن لايفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية ؛ فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لاتتغير إلا بأمور ضرورية ، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك ، وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء ، وفيما نحن فيه ليس أمر ضرورى يمنعه عن الحلول الذى هو حكم أصله فيكون ملحقا به . لايقال : قد يتضرّر بوجوبه حالا فهو ضرورة ، لأن ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضى . وقوله (على مابيناه) إشارة إلى قوله غير أن الواجب الأصلى هو الدفع الخ (وإن مات) أى العبد الجانى بعد ما اختار المولى الفداء قولا أو فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء ، وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فإن الحانث غير مخير ، وإن عين أحدهما قولا لم يتعين وهاهنا قد تعين . وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك فى التعيين قولا وفعلا ، وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به . وقوله (لأن تعلق الأولى) أى الجناية الأولى برقبته لايمنع تعلق الجناية الثانية . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين الرهن فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثانى به ، حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لايتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الأول برقبته غيره وهاهنا لم يمنع . وأجيب بأن فى الرهن إيفاء أو استيفاء حكما فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره ، وليس فى الجناية كذلك . وقوله (على قدر أرش جنايتهما) لأن المستحق إنما يستحق عوضا عما فات عليه فلابد من أن يقسم على قدر المعوّض . وقوله (لما ذكرنا) يعنى قوله لأن تعلق الأولى برقبته لايمنع تعلق الثانية. وقوله (وعلى هذا حكم الشجات) يعنى لو شجّ رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد لأن له خمسمائة ، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه لأن له ألفا ، وإلى صاحب المنقلة نصفه لأن له ألفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا . وقوله (وهى الجنايات المختلفة) يعنى فجاز أن يختار فى أحدهم خلاف ما اختاره فى حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم . وقوله (والحق يجب للمقتول) جواب عما يقال : الحق وإن كان متحدا بالنظر إلى السبب فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين

يملك التفريق فى موجبها . قال (فإن أعتقه المولى وهو لايعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها ، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش) لأن فى الأول فوّت حقه فيضمنه وحقه فى أقلهما ، ولا يصير مختارا للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم ، وفى الثانى صار مختارا لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر ، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد ، لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به . بخلاف الإقرار على رواية الأصل لأنه لايسقط به حق ولى الجناية ، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه ، وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخى بالبيع وأخواته لأنه ملكه فى الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع . وإطلاق الجواب فى الكتاب ينتظم النفس وما دونها . وكذا المعنى لايختلف وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى لأنه يزيل الملك . بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال . ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا . ولو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق فى الهبة دون البيع وإعتاق

لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه متعلق به (قوله وإطلاق الجواب فى الكتاب ينتظم النفس وما دونها) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها . وقيل يريد به قوله فى أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطإ فإنه ينتظم النفس وما دونها ، كذا

فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الأولى . ووجهه أنا لانسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد . لأن الحق يجب للمقتول الخ . لايقال : الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط . لأنه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث ، لأن ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الأصل أولى . قال (فإن أعتقه المولى وهو لايعلم بالجناية) الأصل فى جنس هذه المسائل أن المولى إذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فإن تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفداء وإلا فلا ، وإذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية ، وعلى هذا تخرّج الفروع المذكورة فى الكتاب . وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعنى قبل العلم وبعده . وقوله (بخلاف الإقرار على رواية الأصل) يعنى إذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندى أو عارية أو إجارة أو رهن لايصير مختارا للفداء لما ذكر فى الكتاب ، ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة ، فإن أقامها أخر الأمر إلى قدوم الغائب ، وإن لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع . وقوله (وألحقه الكرخى بالبيع وأخواته) فى صيرورته مختارا لما ذكر فى الكتاب . قال فى الإيضاح : وهو رواية خارجة عن الأصول . وقوله (وإطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ . وقيل يريد به قوله فى أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونه . وقوله (وكذا المعنى لايختلف) لأن كل واحد مال . وقوله (لأنه يزيل الملك) لا خلاف فى ذلك ، وإنما الخلاف فى الدخول فى ملك المشترى وعدمه وليس بمحتاج إليه هاهنا . وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع) يعنى لايصير مختارا للفداء بهما لأن الملك مازال . قيل المشترى بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لايكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء ؟ وأجيب بأن ثمة ضرورة لم تتحقق هاهنا ، وهى أنه لو لم يجعل مجيزا وفاسخا هناك لكان تصرفه واقعا فى ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ فى الأولى وتقدير الإجازة فى الثانية ، وأما هاهنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف فى ملك الغير فافترقا . وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بأن كاتب المسلم عبده الجانى على خمر أو خنزير فإنه يصير مختارا للفداء لأن موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد

المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه ، لأن فعل المأمور مضاف إليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزءا منه وكذا إذا كانت بكرا فوطئها وإن لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم ، وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لاينقص من غير إعلاق ، وبخلاف الاستخدام لأنه لايختص بالملك ، ولهذا لايسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالإجارة والرهن فى الأظهر من الروايات ، وكذا بالإذن فى التجارة وإن ركبه دين ، لأن الإذن لايفوت الدفع ولا ينقص الرقبة ، إلا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته . قال (ومن قال

فى العناية . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانيا ، لأن تأخير التعرض لإطلاق ما فى أول الباب إلى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد فى نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف وإطلاق الجواب ، لأن الإطلاق هناك فى المسئلة لافى الجواب كما لايخفى على ذوى الألباب فالمراد هو الأول لا غير (قوله وكذا بالإذن فى التجارة وإن ركبه دين ، لأن الإذن لا يفوّت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول : فى التعليل شىء وهو أنه إن أراد أن الإذن فى التجارة وإن ركبه دين لايفوّت الدفع

القبض . وقوله (فيما ذكرناه) قيل يعنى فى اختيار الفداء ، وقيل فى العلم بالجناية وعدمه . وقوله (ولو ضربه فنقصه) يعنى بأن أثر فيه حتى صار مهزولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزءا منه ، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش إلا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصا ، ولا ضمان على المولى لأنه لما رضى به ناقصا صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية . وقوله (وكذا إذا كانت بكرا فوطئها) يعنى يصير به مختارا للفداء ، وإن لم يكن الوطء معلقا لما قلنا إنه حبس جزءا منه . وقوله (بخلاف التزويج) يعنى لايصير به مختارا للفداء لأنه لايعجزه عن الدفع كما لايعجزه عن البيع ، وعلل المصنف رحمه الله بقوله (لأنه عيب من حيث الحكم) وذلك لايثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالما بالجناية ، فإن بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب ، ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء ، وفيه إشارة إلى ردّ طعن عيسى حيث قال : التزويج تعييب وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لوضرب على يديها وعيبها ، وذلك لأن التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لأن فيه حبس جزء منها ، وأما الحكمى فليس كذلك . وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فإن به لايصير المولى مختارا للفداء مالم يكن معلقا فى ظاهر الرواية لأنه لاينقص من غير إعلاق . وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لأن الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على إمساك العين . فإن قيل : ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار ؟ فإن الوطء هناك فسخ للبيع وإن لم يكن معلقا ، وهاهنا لايكون اختيارا إلا إذا كان معلقا . أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما ، لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشترى من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها ، فتبين أن الوطء حصل فى غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا ، وهاهنا إذا دفعها بالجناية يملكها ولى الجناية من وقت الدفع ولهذا لايسلم له شىء من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان فى غير ملكه . وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعنى لو استخدم العبد الجانى بعد العلم بالجناية لايكون مختارا للفداء ، حتى لوعطب فى الخدمة لاضمان عليه لأن الاستخدام لايختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالإجارة ، والرهن فى الأظهر لأن الإجارة تنقض بالأعذار فيكون قيام حق ولى الجناية فيه عذرا فى نقض الإجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء . وقوله (فى الأظهر) احتراز عما ذكر فى بعض نسخ الأصل أنه يكون مختارا للإجارة والرهن لأنه أثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع . وقوله (وكذا بالإذن فى التجارة) يعنى لايكون به مختارا لأنه لايعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة (إلا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين فى ذمة العبد نقصان له ؛ لأن الغرماء يتبعون ولى الجناية إذا دفع إليه فله أن يمتنع من قبوله . قال (ومن قال

(قوله والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول : تعلق حق المجنى عليه : يعنى العبد سابقا على تعلق حق الراهن يوجب صحة فسخ الرهن

لعبده إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك (وقال زفر : لايصير مختارا للفداء لأن وقت تكلمه لاجناية ولا علم له بوجوده . وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ؛ ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لايطلق أو لايعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لايحنث فى يمينه تلك ، كذا هذا . ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ؛ ألا يرى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول ، وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارّا لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض ، بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته مالا يمكنه الامتناع عنه ، ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعى إليه والظاهر أنه يفعله ، فهذا دلالة الاختيار . قال (وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية ، ، وإن لم يعتقه ردّ على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه) ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن الصلح كان

بغير رضا ولىّ الجناية فهو ممنوع ، كيف وقد قال متصلا به إلا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله ، وإذا كان له ذلك يفوّت الدفع بغير رضاه قطعا ، وإن أراد أنه لايفوّت الدفع برضا ولى الجناية فهو مسلم ، لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجانى فنقصه فإنه يصير مختارا للفداء هناك إذا كان عالما بالجناية كما مر آنفا ، مع أنه يجرى أن يقال هناك أيضا : إن الضرب وإذا نقصه لايفوت الدفع برضا ولىّ الجناية ، فإنه إذا رضى أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به . ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ، ففى صورة ما إذا ضربه فنقصه إن لم يفت الدفع برضا ولىّ الجناية نقصت الرقبة ، فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك . نعم فى تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركبه دين كلام ، لأن وجوب الدين فى ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون ولىّ الجناية إذا دفع العبد إليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح فى شرح قول المصنف إلا أن الولىّ الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى . وعن هذا قال صاحب الكافى : ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الإذن فكان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا)

لعبده إن قتلت فلانا) ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل أن يقول : إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك خلافا لزفر رحمه الله ، لأن اختيار الفداء إنما يكون بعد الجناية والعلم بها ، وعند التكلم ليس شىء منهما بموجود ، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ، واستشهد بالمسئلة المذكورة فى الكتاب . وقوله (ولنا) ظاهر . وقوله (ولأنه حرضه) دليل آخر ، ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمى أو الشج (بتعليق أقوى الدواعى إليه) أى إلى الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعله) رغبة منه فى الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وإنما قلنا بجناية لأنه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ ثم جنى ثم دخل الدار فإن المولى لايصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق ، بخلاف ما إذا علق بالجناية فإنه علق بها أقوى الدواعى إليه ، والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا . وإنما قلنا بجناية توجب الدية لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شىء وإنما هو على العبد ، وذلك لايختلف بالرقّ والحرية فلم يفوّت المولى على ولى الجناية بتعليقه شيئا . وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق (أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أى الدفع (وقع باطلا) وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ رحمهم الله.

وإن نقص الدين على ماصرحوا به (قوله وإنما قلنا بجناية توجب الدية ، لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول : لايلزم مما

عن المال لأن أطراف العبد لايجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لايورث الشبهة . كما إذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص . بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا وأن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لأنه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح فى ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم فى العفو والقتل . وذكر فى بعض النسخ : رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه

قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح : أى الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به اهـ . واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : فيه نظر ، لأن المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلى هو الدفع فى الصحيح وقال : ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل ، وخلاف ماعليه جمهور المحققين من مشايخنا ، حتى أن صاحب الأسرار بعد أن ذكر ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلى هو الأرش قال : والرواية بخلاف هذا فى غير موضع ، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى . ثم أقول : الحق عندى أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره فى صحبة ما هو صلح وما هو إذا أعتقه تدبر ترشد (قوله والباطل لايورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه) أقول : فيه بحث . وهو أنه إن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره فى تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم ، لكن لايجدى نفعا هنا لأن الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيكون موجبه القود . بل ظن أنه لايسرى وكان موجبه المال ، وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ؛ ألا يرى أنه إذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فإنه

أن الموجب الأصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به . وإنما وقع باطلا لأنه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الأحرار والعبيد . وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا . وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل : يعنى المصالح عنه . لأن الذى كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال ، والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل . والباطل لايورث شبهة . كما إذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة مع العلم بحرمتها عليه فإنه لايصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص . بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ، لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه . ولا صحة لهذا الصلح إلا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الإقدام على الإعتاق . ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة . لأنه لما رضى يكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى . وشرط صحة الاقتضاء وهو إمكان المقتضى موجود ، ولهذا لو نص على ذلك ورضى به المولى صح . فتبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء . والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم فى العفو والقتل . وقوله (وذكر فى بعض النسخ) قال الإمام فخر الإسلام

ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية ، بل إذا كان بالأعم مثل أن يقول : إن قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بمثقل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك (قوله والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول : الظاهر أن يقول :

فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية . وهذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك . وهاهنا قال يجب . قيل ماذكر هاهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان . وقيل بينهما فرق . ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا . فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص . أما هاهنا الصلح لايبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال . فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة . هذا إذا لم يعتقه . أما إذا أعتقه فالتخريج ماذكرناه من قبل . قال (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان : قيمة لصاحب الدين . وقيمة لأولياء الجناية (لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد : الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء . فكذا عند الاجتماع . ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن

يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به فى كتاب الحدود . وفهم أيضا هاهنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه (قوله أما هاهنا الصلح لايبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة) أقول : يرد عليه أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لايسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع . كيف وقد صرحوا فى صدر

رحمه الله : وذكر فى بعض نسخ هذا الكتاب : أى كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع . وساق الكلام مثل ماذكر فى الهداية . وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة . وقوله (إلى آخر ماذكرنا) يعنى وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. وقوله (وهذا الوضع يرد إشكالا) قيل أى الوضع الثانى وهو النسخة الغير المعروفة ، وإنما خص هذا الوضع بورود الإشكال لأنه دفع العبد فى هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ، ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع ، فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شىء فلا يرد إشكالا على مسئلة العفو . وقيل هذا الوضع : أى وضع الجامع الصغير فى النسخة المعروفة وغيرها يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لايجب القصاص هناك ، وهاهنا قال يجب . واختلف المشايخ رحمهم الله فى الجواب عن ذلك ، فقال بعضهم : ماذكر هاهنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان : يعنى وجوب القصاص فى هذه المسئلة على النسختين جواب القياس ، وفى الاستحسان تجب الدية ، وفى مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان ، وفى القياس يجب القصاص فكان الوضع فى هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان ، فاندفع التدافع وحصل التوافق . وقال بعضهم : بينهما فرق ، وهو أن العفو عن اليد صح ظاهرا ، لأن الحق له كان فى اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك لأن العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك وإن بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما هاهنا فالصلح لايبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة ، هذا إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريج على ماذكرناه من قبل) وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده الخ . وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولى الجناية) يعنى إذا كانت القيمة أقل من الأرش . وقوله (أتلف حقين) واضح . وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لايلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الإتلاف واردا عليهما . ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الإتلاف واردا عليهما فيضمنهما به ، والأصل أن العبد إذا جنى وعليه

لم يقع الصلح عنه (قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى الخ) أقول : يعنى الإتقانى .

يدفع إلى ولىّ الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبى حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء ، لأن الأجنبى إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر فى مقابلته الحق لأنه دونه ، وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما . قال (وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها فى الدين ، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق أن الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسرى إلى الولد كولد المرهونة ، بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع فى ذمة المولى لا فى ذمتها . وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع والسراية فى الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية .

كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا : فقد جعلوا الصلح كالعفو فى إسقاط موجب الجناية ، وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافى ثبوت موجب الجناية فى الأصل بل يقرّر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال ، وإن سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم ، لكن لا يتم حينئذ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة . إذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية

دين يخير المولى بين الدفع والفداء ، فإن دفع بيع فى دين الغرماء ، فإن فضل شىء كان لأصحاب الولاء ، وإنما بدأنا بالدفع لأن به توفير الحقين فإن حق ولى الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الديون ، ومتى بدأنا بدفعه فى الدين تعذر الدفع بالجناية لأنه تجدد للمشترى الملك ولم يوجد فى يده جناية . فإن قيل : ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجبا ؟ أجيب بأنها إثبات حق الاستخلاص لولىّ الجناية بالفداء بالدين ، فإن للناس فى الأعيان أغراضا ، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأن موجبها صيرورته حرّا ، فإذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شىء صرف إلى أولياء الجناية لأنه بيع على ملكهم ، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول ، وإنما قيد المسئلة بعدم العلم ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان ، لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية فى النفس لأوليائها ، وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الأرش دون القيمة وقد مر . وقوله (بخلاف ما إذا أتلفه أجنبى) واضح . وقوله (فلا يظهر فى مقابلته الحق) يعنى حق الدفع (لأنه دونه) أى الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا . قال (وإذا استدانت الأمة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الأمة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها فى أن الولد يباع معها فى الأولى دون الثانية . فإن الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الأوصاف الشرعية القارّة فى الأم فتسرى إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن . وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك فى ذمة المولى لا فى ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام (وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع) فلا يسرى إلى الولد لكونه وصفا غير قارّ حصل عند الدفع . وقوله (والسراية فى الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقى فى محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره ، وأما الوصف الشرعى فهو أمر اعتبارى يتحوّل بتحوّله . واعترض بوجهين : أحدهما لا نسلم أن دين الأمة فى ذمتها ، فإن المولى إن أعتقها ضمن قيمتها ، ولو كان فى ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون إنسانا فإنه لا يضمن دينه . والثانى أن ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى أثر الدفع إلى أرش استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه إليها بطريق الأولى لما أن ولدها جزؤها وأرشها ليس كذلك ، ولما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل حقيقى كان أولى أن لا يسرى إلى ما ليس بجزء منها . وأجيب عن الأول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى ، وإلا لوجب عليه إيفاء الديون لا ضمان قيمة العبد ، وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف

(قوله وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول : الظاهر أنه كان يكفى أن يقول : وإنما لا يضمن القاتل الدين لأنه لم يفوته .

قال (وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له) لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لايصدق على العاقلة من غير حجة . قال (وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد (لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء ، وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبيّ أو بعت دارى وأنا صبيّ ، أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعت دارى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا . قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت قطعتها وأنا حرّة فالقول قولها ، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحسانا ،

يعنى ثبوتها فى الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه ، بل لايتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتى العفو والصلح ، إذ العفو أيضا لاينافى ثبوت موجب الجناية فى الأصل قبل العفو كما لايخفى (قوله ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت بل قطعتها وأنا حرّة فالقول قولها) قال صاحب العناية : هذه المسئلة أيضا مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن مبنى هذه المسئلة التى جوابها كون القول قولها ليس على

وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا . وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهى مسئلة تقوّم المنافع وهى معروفة . لايقال : هذا المانع موجود فى صورة النزاع فهلا اعتبر لأن للإتلاف هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه ، بخلاف صورة النقض . فإن قيل : إذا كان تخصيص العلة . قلت : مخلصه معلوم . وعن الثانى أن الأرش بدل جزء متصل فات بالجناية وولى الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الأجزاء بعوض قام العوض مقامه ، كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولى الجناية اعتبارا للجزء بالكل ، بخلاف الولد فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء . وقوله (وإذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة . وذكر فى الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية . وفى المبسوط بعدها ، ولاتفاوت فى ذلك . وقوله (وإبراء العبد) يعنى من كل الدية لامن قسطه فيها ، وإبراء المولى لأنه لم يدّع عليه بعد الجناية إعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء إن علم بذلك أومستهلكا حق المجنى عليه إن لم يعلم ، وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الإقرار ولا على المولى بشىء ولا على العاقلة إلا بحجة . وقوله (وإذا أعتق العبد) يعنى إذا أعتق عبد معروف بالرق (فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان) لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه ، إذ الكلام فى عبد معروف الرقّ والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء . واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا فى إقراره والمقرّ له منكر لذلك التاريخ فينبغى أن يكون القول قوله . وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار ، وهاهنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق . وقوله (كان القول قوله) يعنى مع يمينه . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه منكر للضمان . قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها) هذه المسئلة أيضا مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان . ومعنى قوله (إلا الجماع والغلة) أن يقول لها جامعتك وأنت أمتى أو أخذت منك غلة عملك وأنت أمتى وقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول قول المقرّ الذى هو المولى استحسانا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد : لايضمن إلا شيئا قائما بعينه ، فإنه يؤمر برده عليها : يعنى لو كان أقر بأخذ شىء منها بعينه والمأخوذ قائم فى يده واختلفا فيه على هذا الوجه فإن الردّ فيه مجمع عليه ، بناها محمد رحمه الله على الأصل المذكور ، وأجاب عن تخلف

(قوله فإن قلت : إذا كان تخصيص العلة) أقول : كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذى أتلفه (قال المصنف : وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحسانا) أقول : سبق فى كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين .

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد : لايضمن إلا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها (لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما فى المسألة الأولى وكما فى الوطء والغلة . وفى الشيء القائم أقرّ بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهى منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها . ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقرّ له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقرّ له . وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهى مديونة . وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن . بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لايوجب العقر . وكذا أخذه من

إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان كما فى المسئلة الأولى، وإلا لما كان القول قولها . بل كان يجب أن يكون القول قول المقرّ كما فى المسئلة الأولى . وإنما مبنى هذه المسئلة على أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه فلا يسمع قوله إلا بحجة كما يظهر مما ذكر فى الكتاب فى تعليل جواب هذه المسئلة . نعم مبناها على قول محمد إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان . إلا أن قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسئلة . وإنما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا الأصالة فما معنى بناء هذه المسئلة التى كان جوابها على قول أبى حنيفة وأبى يوسف كما صرح به فى الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية : ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة أخرى . صورتها : مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فإنها على الخلاف . كذا قيل. فإن صح ذلك فوجه قول محمد أنه أسند إقراره إلى حاله معهودة منافية للضمان . ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربى قد يضمن إذا أخذه دينا فكان قد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه فلا يسمع إلا بحجة . إلى هنا كلامه . أقول : فيه نبذ من الاختلال أما أوّلا فلأن قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع . فإنه وإن لم يكن داخلا فى مسئلة القطع نفسها إلا أنه نظير لها لاشتراكهما فى العلة حيث لم يوجد فى كل منهما إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان عندهما : وكونه نظيرا لما نحن فيه تعلق محض به . فإن التنظير كثير الوقوع فى استدلالاتهم شائع فيما بينهم . فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة الخ . وأما ثانيا

الشيء القائم بعينه بأنه أقرّ بيده : أى بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالردّ عليها . ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لوقطعها وهى مديونة . بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لايوجب العقر . وكذلك إذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة لايجب الضمان عليه فحصل فيهما الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان . بخلاف غيرهما (لأنه بمنزلة ما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وأرشا (وقال المقرّ له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة) يريد به وجوب نصف الدية عليه . وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إن كان صحيحا حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين . وله العدول إلى المال فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق . واعترض بأن ذلك فيما يجب فيه القصاص . كما إذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الأصل المذكور . وأجيب بأن المراد فقء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار . وقوله (وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع : لكنه ذكره بيانا لمسئلة أخرى صورتها : مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فإنها على الخلاف . كذا قيل . فإن صح ذلك فوجه

غلتها . وإن كانت مديونة لايوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان . قال (وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرّا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبيّ الدية) لأنه هو القاتل حقيقة . وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا شيء على الآمر) وكذا إذاكان الآمر صبيا لأنهما لايؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما . ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبيّ الآمر أبدا . ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد . بخلاف الصبيّ لأنه قاصر الأهلية . قال (وكذلك إن أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الأول فى الحال . ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر فى دفع الزيادة . وهذا إذاكان القتل خطأ . وكذا إذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لأن عمده خطأ . أما إذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحرّ والعبد . قال (وإذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء . وهذا لأن حقهم فى الرقبة أو فى عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف (فإن كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذى لم يعفُ من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ) لأنه لما انقلب العمد مالاكان حق وليي الخطإ فى كل الدية عشرة آلاف . وحق أحد وليي العمد فى نصفها خمسة آلاف . ولا تضايق فى الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا : ثلثاه لوليي الخطإ . وثلثه لغير العافى من ولى العمد عند أبى حنيفة وقالا : يدفعه أرباعا : ثلاثة أرباعه لوليي الخطإ . وربعه لولى العمد) فالقسمة عندهما بطريق المنازعة .

فلأن قوله ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربى قد يضمن إذا أخذه دينا ليس بشرح مطابق للمشروح ، وإنما المطابق له أن يقال : لأن مال الحربى قد يضمن إذا أخذه وهو مستأمن تدبر (قوله وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا : ثلثاه لوليي الخطإ ، وثلثه لغير العافى من وليي العمد عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يدفعه أرباعا الخ) قال صاحب النهاية : وأصل هذا ما اتفقوا عليه ، وهو

قول محمد رحمه الله إنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان . ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربى قد يضمن إذا أخذه دينا فكان قد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه فلا يسمع إلا بحجة . والله أعلم . والحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه : فى وجه يكون القول قول المولى وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها . وفى وجه يكون القول قول الجارية وهو ما إذا أقرّ المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائم فى يده . وفى وجه اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها . وقد اتفقوا على أصلين : أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقرّ به . والآخر أن من أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى مايبرئه لايسمع منه إلا بحجة . فالوجه الأول مخرّج على الأصل الأول بالاتفاق ، والوجه الثانى مخرّج على الأصل الثانى بالاتفاق ، والوجه الثالث خرجه محمد رحمه الله على الأول وهما على الثانى . وقوله (وإذا أمر العبد المحجور) على الوجه الذى ذكره ظاهر . وقوله (على ما بينا من قبل) إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين . وقوله (لأنه غير مضطر فى دفع الزيادة) أى لاضرورة فى إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما . قال (وإذا قتل العبد رجلين عمدا) كلامه واضح . إلى قوله : وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا : ثلثاه لوليي الخطإ . وثلثه لغير العافى من وليي العمد عند أبى حنيفة رحمه الله . وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين فى الذمة كالغريمين فى التركة

(قال المصنف : ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول : قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية : وإنما قال : ويجب أن يرجع بعد العتق الخ إذ لارواية

فيسلم النصف لولي الخطإ بلا منازعة ، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف ، فلهذا يقسم أرباعا . وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا . لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات . قال (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة ، وقالا : يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما ، والمراد القريب أيضا . وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة ، وذكر في الزيادات : عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب .

أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة ، لأنه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه . أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا لو باع عبد إنسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة ، لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة ، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال . ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلتنا هذه :

ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة ، فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه . وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا لو باع عبد إنسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة . لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة ، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال . وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطإ وربعه للساكت من ولي العمد . لأن حق ولي العمد كان في جميع الرقبة ، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطإ بهذا النصف بلا منازعة ، بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطإ والساكت من ولي العمد في هذا النصف ، فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضوليين . ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف ، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة ، وهذا لأن حق ولي الخطإ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته ، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء . وقوله (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) فسره المصنف رحمه الله بقوله : أي قريبا لهما ، قال الله تعالى ـ وإني خفت الموالي من ورائي ـ أي الأقارب

لذلك . أقول : ينبغي أن لا يرجع بشيء لأن الأمر لم يصح والأمر لم يوقع في هذه الورطة لكمال عقل المأمور ، بخلاف ما إذا كان المأمور صبيا انتهى . أجيب بأن أمره استخدام وإتلاف بسببه مال المولى ، وإذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم ، كذا هذا فليتأمل (قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول : مخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان فراجعه (قوله وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول : ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض ، ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فإنه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول : فيه بحث (قوله ولأبي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف ، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول : سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ، وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء ، وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى . ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا ، إلا أن يراد بالرقبة الذمة مجازا .

ولم يذكر اختلاف الرواية . لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع . لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا . غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه . فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لايستوجب على عبده مالا . وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية . ولهما أن مايجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه . ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه . ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لايستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه .

ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطإ . وربعه للساكت من وليي العمد . لأن حق وليي العمد كان في جميع الرقبة . فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطإ بهذا النصف بلا منازعة . بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطإ والساكت من وليي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين . فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضوليين . ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف . والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة . وهذا لأن حق ولي الخطإ في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصة . كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفا كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف . فكذا هاهنا بخلاف بيع الفضولي . لأن

ويحتمل أن يراد به عبد لهما أعتقاه فعفا أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله : وقالا : يقال للعافي ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية . وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله ، والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله . قال أبو يوسف ومحمد : إن حق كل واحد من الموليين في نصف القصاص شائعا ، لأن ملك المولى لايمنع استحقاق القصاص له ، لأن العبد في حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كأجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك ، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه ، فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لايستوجب على عبده دينا ، وما كان في نصيب صاحبه بقي هو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية . ولأبي حنيفة رحمه الله أن نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ، ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلا . ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا ، فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لاينقلب مالا لأن المال لايجب بالشك . ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير ، والتعويل على المسموع .

(قال المصنف : لأن ملك المولى لايمنع استحقاق القصاص له) أقول : قال العلامة الإتقاني : فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لايستوجب على عبده مالا ، وما كان في نصيب صاحبه بقي ، ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية . ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وينفذ به وصاياه ، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته ، والمولى يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه ، إلى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها ، ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها . والحق أن يكتب : لأنه إذا لم يكتب تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل أصلا انتهى . وأنت خبير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات ، وتبقى مسئلة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة .

(فصل)

(ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لاتزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلاعشرة ، وفى الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلاعشرة) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والشافعى : تجب قيمته بالغة ما بلغت ، ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك فى يده تجب قيمته بالغة مابلغت بالإجماع . لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لايملك العبد إلامن حيث المالية ، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب .

الملك يثبت للمشترى فى العين ابتداء ، إلى هنا أشار الإمام قاضيخان والمحبوبى فى الجامع الصغير ، إلى هنا كلامه . واقتفى أثره فى هذا الشرح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية . أقول : فيه نظر ، لأن المصنف صرح فى أوائل هذا الباب بأن الواجب الأصلى فى جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما فى مال الزكاة ، وصرح به أيضا عامة الفقهاء فى كتبهم فما معنى بناء قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة على أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الأرش ، وهلا يقتضى هذا أن يكون الواجب الأصلى فى جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد . ثم إن قول المصنف فى بيان طريقة أبى حنيفة رحمه الله ههنا لأن الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هؤلاء الشراح فى تعليل قول أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة كما لايخفى على ذى فطرة سليمة .

(فصل فى الجناية على العبد)

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع فى بيان أحكام الجناية على العبد ، وقدم الأولى ترجيحا لجانب الفاعلية ، كذا فى العناية وهو حق الأداء . وقال فى النهاية وغاية البيان : إنما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لأن الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا . أقول : فيه بحث ، لأنه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع ، إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة ، مثلا يجوز أن يكون عمر المجنى عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجانى عشرين سنة أو أقل ، وإن أريد أن فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فإن المفعولية والفاعلية توجدان معا فى آن واحد وهو آن تعلق الفعل المتعدى بالمفعول بوقوعه عليه ، إذ قبل ذلك لايتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية ، وكل

(فصـــل)

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع فى بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الأول ترجيحا لجانب الفاعلية (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم إلا عشرة . وفى الأمة إذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف إلا عشرة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبى يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف) آخرا وهو قول الشافعى رحمه الله (تجب قيمته بالغة مابلغت ، ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك فى يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع . لهما أن الضمان بدل المالية) وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة ، أما أنه بدل المالية فلأنه (يجب للمولى وهو لايملك العبد إلا من حيث المالية ، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا) إن بقى العين (أو بدلا) إن هلكت (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المالية

(فصل ومن قتل عبدا خطأ)

ولأبى حنيفة ومحمد قوله تعالى ـ ودية مسلمة إلى أهله ـ أوجبها مطلقا . وهى اسم للواجب بمقابلة الآدمية ، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا ، وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما . فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية . إذ الغصب لايرد إلا على المال . وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وإن لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية . وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لاسمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا ، بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر

ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ـ ودية مسلمة إلى أهله ـ أوجبها مطلقا وهى اسم للواجب بمقابلة الآدمية) وجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا . والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية . كذا فى العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التى تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغى أن لاتتفاوت ديات العبيد فى المقدار لتساويهم فى الآدمية ، كما لا تتفاوت ديات الأحرار فى القيمة لتساويهم فى ذلك وإن كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى ، مع أن ديات العبيد تتفاوت فى المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية . أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف ، وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية أعلاهما لامحالة فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما إذ العكس يفضى إلى إهدارهما جميعا ، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفى إهدار الأصل إهدار التابع ، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما انتهى . واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل دون التابع انتهى . أقول : ليس هذا بوارد ، فإن إهدار أحدهما إنما يتصور فيما إذا وجد إتلافهما معا فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر بأن يعطى لإتلاف أحدهما حكم شرعى دون إتلاف الآخر كما فيما نحن فيه ، فإن فى قتل العبد إتلاف آدمية ومالية معا ، بخلاف الغصب إذ ليس فيه إتلاف الآدمية أصلا ، وإنما الحاصل به إتلاف المالية بإزالة اليد المحققة عنه وإثبات اليد المبطلة فيه ، كما أشار إليه المصنف بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية ، إذ الغصب لايرد إلا على المال ، فحيث لم يوجد فيه إتلاف الآدمية لم يلزم فيه إهدار الأصل الذى هو الآدمية ، فإن معنى إهداره أن لايعطى لإتلافه حكم شرعى ، فإذا لم يوجد إتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعى فمن أين يلزم إهداره تفكر (قوله وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا) أقول : فيه إشكال ، إذ قد تقرر فى علم الأصول وشاع فى علم الفروع أيضا

بالقيمة فظاهر ، وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لأن المماثلة واجب الرعاية ، والرعاية فى ذلك أكثر لأن المال وإن كثر لايماثل النفس ويماثل المال (ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ـ ودية مسلمة إلى أهله ـ) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا (والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا) بلا خلاف (وفيه معنى المالية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والآدمية أعلاهما) لامحالة (فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) إذ العكس يفضى إلى إهدارهما جميعا لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفى إهدار الأصل إهدار التابع ، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما . فإن قيل : لانسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغة مابلغت يوجد الجمع بينهما . أجيب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة ، وذلك لايجوز القول به لخروجه عن الإجماع . وقوله (وضمان الغصب) جواب عن قولهما وكان كالغصب . وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع . وقوله (وفى قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة .

(قوله لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفى إهدار الأصل إهدار التابع) أقول : منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل

مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها فى العبد إظهارا لانحطاط رتبته ، وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما . قال (وفى يد العبد نصف قيمته لايزاد على خمسة آلاف إلا خمسة) لأن اليد من الآدمى نصفه فتعتبر بكله ، وينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته ، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحرّ إذ هو بدل الدم على ما قررناه ، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت فى يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية . قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك . فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لاقصاص فى ذلك ، وعلى القاطع أرش اليد ، وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) وإنما لم يجب القصاص فى الوجه الأول لاشتباه من له الحق ،

أن الرأى والقياس لايجريان فى المقادير ، بل إنما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأى من غير سمع ؟ وأيضا أن العبيد لايتفاوتون فى نفس الآدمية لا محالة ، وعن هذا لايتفاوتون فى شىء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية ، كالتكليف بالإيمان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به ، فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون فى القيم (قوله وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت فى يده فعليه تمام قيمتها) أقول : لقائل أن يقول : ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال : ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك فى يده يجب قيمته بالغة مابلغت بالإجماع فما وجه الإعادة هنا ، وتكرار مسئلة واحدة فى موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لايخفى . ويمكن أن يقال : أصل المسئلة ما ذكر هنا فإنه المذكور فى الجامع الصغير والبداية ، والذى ذكر فيما قبل إنما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه فى الحكم ، حيث يجب فى الأولى أقل من عشرة آلاف درهم إذا زادت قيمته على دية الحر عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف والشافعى ، ويجب فى الثانية قيمته بالغة مابلغت بالإجماع وجمعا لدليلى تينك المسئلتين فى البيان فى موضع واحد (قوله وإنما لم يجب القصاص فى الوجه الأول لاشتباه من له الحق ،

وقوله (بأثر عبد الله بن مسعود رضى الله عنه) وقع فى بعض النسخ : ابن عباس رضى الله عنهما وهو ماروى عنه : لايبلغ بقيمة العبد دية الحرّ وينقص منه عشرة دراهم . والأول أصح لموافقته لأكثر النسخ . واعترض بأن أثر ابن مسعود رضى الله عنه معارض بما روى أن عمر وعليا وابن عمر رضى الله عنهم أوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة مابلغت . وأجيب بأن المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أرجح ، لأن فيه ذكر المقدار وهو مما لايهتدى إليه العقل . وليس فيما روى عن غيره ذلك ، بل فيه قياس سائر الأموال من تبليغ قيمته بالغة مابلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالرأى ، ومثله لايعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقوله (لايزاد على خمسة آلاف إلا خمسة) أى لايزاد على هذا المقدار قال فى النهاية : هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية ، لأنه ذكر فى المبسوط ، فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لأنه لايضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت ، إلا أن محمدا رحمه الله قال فى بعض الروايات . القول بهذا يؤدى إلى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق مايجب بقتله إلى أن قال : فلهذا قال : لايزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة . وقوله (لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحرّ) يعنى يجب فى موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لأنه يجب فى الحرّ نصف عشر الدية (إذ هو) أى القيمة (بدل الدم على ماقررنا) إشارة إلى قوله ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ـ ودية مسلمة إلى أهله ـ وقوله (وإن غصب أمة) ظاهر . قال (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب . وقوله (فى الوجه الأول) يعنى فيما إذا كان له ورثة غير المولى . وقوله (لاشتباه من له الحق) يعنى المستوفى وجهالته تمنع القصاص

دون التابع (قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول : فيه بحث .

لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام ، واجتماعهما لايزيل الاشتباه لأن الملكين فى الحالين . بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ، لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت . فإذا اجتمعا زال الاشتباه. ولمحمد فى الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه

لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ) واعترض عليه بعض العلماء بأنه مامعنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الأمة الحاملة فأعتق المولى الأمة ثم ألقته حيا فمات الولد بأن المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اهـ . أقول : ليس هذا بشىء ، إذ قد صرحوا فى بيان تلك المسئلة بأنا اعتبرنا حالتى الضرب والتلف معا ، فأوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب ، وأوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف ، وقد مر ذلك فى الكتاب وشروحه مفصلا فى أواخر فصل الجنين فكأن ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هناك ونسى بعضه فزعم أن المعتبر هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه الكلام) قال صاحب النهاية : أى الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة سوى المولى . وقال : ووصل شيخى بخطه الضمير فى وفيه إلى وتعذر الاستيفاء لكن مآل ذلك إلى ما قلنا اهـ . وقال صاحب الكفاية : قوله وفيه الكلام : أى فى وجوبه على وجه يستوفى ، ولا كلام فى أصل الوجوب لأن الوجوب لإفادة الاستيفاء ، فإذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اهـ . وقال صاحب الغاية : قوله وفيه الكلام : أى كلامنا فى تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص : يعنى أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اهـ . واختار صاحب العناية من بين تلك الأقوال ماذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال : قوله وفيه الكلام : أى وفيما إذا كان له ورثة غير المولى ، ونقل سائر الأقوال بقوله وقيل وقيل وقيل . أقول : ماذهب إليه صاحب النهاية فى تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشىء عندى ، لأن المصنف بعد أن قال فيما قبل وإنما لا يجب القصاص فى الوجه الأول مريدا به ما إذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا إلى أن يقول والكلام فيما إذا كان له ورثة غير المولى ، وهلا يكون هذا لغوا من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة . وأما ماذهب إليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب إليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة ، بل عن اللغوية أيضا كما يدركه الذوق الصحيح . وإنما الحق الصريح هنا ماذهب إليه صاحب الكفاية ، إذ ينتظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقريبه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) قال جمهور الشراح فى تفسير مايحتاط فيه : أى الذى

وقوله (وفيه الكلام) أى فيما إذا كان له ورثة غير المولى ، وقيل أى فى وجوبه على وجه يستوفى لا على أصل الوجوب لأنه لإفادة الاستيفاء فإذا فات المقصود سقط اعتباره ، وقيل : أى فى تعذر الاستيفاء ، وقيل أى فى تحقق اشتباه من له القصاص ، ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء . وقوله (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما . ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لأن الملك فى الحالين مختلف ، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس . وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام فى الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر) فإن كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له فى الرقبة ، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة ، لأن الرقبة فاتت لا إلى بدل فلا يملك إبطال حقه عليه ، ولكن إذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه . وقوله (على اعتبار إحدى الحالتين) وهى حالة الجرح قبل العتق والحالة الأخرى هى حالة الموت بعد العتق . وقوله (فيما يحتاط فيه)

كما إذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوّجتها منك لايحل له وطؤها ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلاسراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص. ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيا

لايثبت بالشبهات ، وقالوا : فإنه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك علىّ ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فإنه يقضى بالمال وإن اختلف السبب ، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع فيها البدل والإباحة فلا يبالى باختلاف السبب اهـ . وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح : فيه نظر ، لأن الاحتراز بالذى لايثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات والأموال ليست كذلك اهـ. أقول : هذا النظر ساقط جدا ، إذ لاشك أن الأموال مما يثبت بالشبهات ؛ ألا يرى إلى ماصرحوا به فى كتاب الشهادة من أن فى شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال . ثم قال صاحب العناية : والأولى أن يفسر مايحتاط فيه بالدماء والفروج . فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اهـ . أقول : فيه خلل أما أوّلا فلأن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وإنما استشهد بعدم حله كما ترى . وأما ثانيا فلأن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا . نعم لايجب الحدّ بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة المحل . لكن لايحل الوطء بشيء من ذلك كما عرف فى كتاب الحدود . فإن وجه الخلل الأول بتقدير المضاف بأن يكون الأصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثانى بلا تحمل توجيه . ثم إن بعض الفضلاء قال فى نقل عبارة العناية : وهو مايثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات ، وقال لفظة « ما » نافية . أقول : نسخ العناية التى رأيناها لاتوافق ماذكره . وعلى فرض صحة ذلك لايرتفع الإشكال عن كلام صاحب العناية هنا ، لأنه لما فسر مايحتاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحترز به عن الأموال بالضرورة لأنها ليست من الدماء ولامن الفروج ، فإن كان عبارة العناية فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو مايثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذى أورده على سائر الشروح بأن يقال : الأموال أيضا لاتثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به ، فما معنى الاحتراز عنها بتفسير مايحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عده أولى مشترك الإلزام تأمل تفهم (قوله ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله تعالى ، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية

يعنى فى الذى لا يثبت بالشبهات فإنه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك علىّ ألف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فإنه يقضى بالمال وإن اختلف السبب ، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع البدل والإباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب ، كذا فى الشروح ، وفيه نظر ، فإن الاحتراز بالذى لايثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات ، والأموال ليست كذلك . والأولى أن يفسر مايحتاط فيه بالدماء والفروج فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذى لايجرى فيه البدل . وهو راجع إلى الأول . وقوله (ولأن الإعتاق قاطع للسراية) دليل آخر ، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية ، وذلك يمنع القصاص ؛ ألا ترى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة ، وإنما يضمن النقصان ، فإن كان خطأ فبالاتفاق ، وإن كان عمدا . فعند محمد رحمه الله لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لايفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلاسراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية . فإن قيل : ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية. أجيب بأنه لا يجب نظرا إلى حقيقة الجناية وهو القتل لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع (ولهما أنا تيقنا) ثبوت ولاية الاستيفاء فى العمد للمولى فيستوفيه

(قوله والأموال ليست كذلك) أقول : فيه بحث ، بل هى كذلك ؛ ألا يرى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله ، ولعل الشبهة إنما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فإنها لاتثبت بالثانى دون الأول فتأمل (قوله فإنه استشهد بعده بحل الوطء) أقول : أى بعدم حل الوطء فالمضاف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول : لفظة « ما » نافية .

وهذا لأن المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء . بخلاف الفصل الأول ، لأن المقضى له مجهول ، ولا معتبر باختلاف السبب هاهنا لأن الحكم لايختلف ، بخلاف تلك المسئلة لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما ، والإعتاق لايقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق ، وذلك فى الخطإ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكا للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى . وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه . وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص فى الفصلين عند محمد يجب أرش اليد . وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل. وعندهما الجواب فى الفصل الأول

مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ؛ ألا يرى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة ، وإنما يضمن النقصان ؛ فإن كان خطأ فبالاتفاق ؛ وإن كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى ؛ لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لايفصل بينهما ، وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية ، كذا فى العناية وكثير من الشروح . وقال فى العناية بعد ذلك : فإن قيل : ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية . أجيب بأنه لايجب نظرا إلى حقيقة الجناية وهو القتل ، لأنه إذا سرى تبين له أن الجناية قتل لاقطع اهـ. أقول : فيه بحث ، وهو أنه إن أراد بقوله فى السؤال ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى أنه ينبغى أن يجب ذلك فى مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرش اليد دون أن يقول أرش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلا ، إذ يجب أرش اليد للمولى عند محمد فى مسئلة الكتاب على ماصرح به فى الكتاب ، فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغى على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى ، وإن أراد به أنه ينبغى أن يجب ذلك فى المسئلة التى ذكروها هاهنا على سبيل التنوير ، وهى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ، ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فإنه يجرى فيها أيضا مع أنه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققته تدبر (قوله وذلك فى الخطإ دون العمد لأن العبد لايصلح مالكا للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فجاء الاشتباه) أقول : فى هذا المقام ضرب من الإشكال لأن الحق على اعتبار حالة الموت وإن كان للميت ، إلا أنه لايتقرر عليه بل ينتقل إلى المولى بالوراثة ،

(لأن المقضى له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الأول) يعنى ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لأن المقضى له مجهول) لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى ، ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى فى الفصل الثانى وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى فى العمد ، لأن الحكم وهو استيفاء القصاص لايختلف وهو فى الحالين لواحد وهو المولى ، بخلاف تلك المسئلة : يعنى المستشهد بها بقوله كما إذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية الخ فإن الحكم فيها مختلف (لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما) لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لايثبته ولو أثبته لم يكن مقصودا ، واختلف الحكم كما اختلف السبب . وقوله (والإعتاق لايقطع السراية) جواب عن قوله ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، ومعناه الإعتاق قاطع للسراية فى صورة الخطإ دون العمد ، وذلك لأنه لايقطع السراية (لذاته بل لاشتباه من له الحق ، وذلك فى الخطإ لأن العبد لايصلح مالكا للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه ، أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه ، إذ الفرض أنه (لاوارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق) والحاصل من هذا كله أن صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لاتزيد على أربع ، لأنه إما أن قطع عمدا أو خطأ ، فإن كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث

كالجواب عند محمد فى الثانى . قال (ومن قال لعبديه أحدكما حرّ ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى) لأن العتق غير نازل فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (ولو قتلهما رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد) والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ماعرف ، وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر إنشاء فى حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه إظهارا محضا ، وأحدهما حرّ بيقين فتجب قيمة عبد ودية حرّ ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ، لأنا لم نتيقن بقتل

فكان من له الحق فى المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه ؛ ألا يرى إلى قول المصنف فى صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذى يتولاه ، إذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق ، وإن ادعى أن اختلاف من له الحق ابتداء كاف فى تحقق الاشتباه المقتضى لقطع الإعتاق السراية واتحاده بالنظر إلى الانتهاء ، والمال غير مفيد فى دفع ذلك يتجه الإشكال على صورة العمد ، فإن حق القصاص فى هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية فى حق القصاص كما صرحوا به ، وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من أن حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل إليه بطريق الوراثة كما فى الدية ، لأن ملك القصاص إنما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصوّر الفعل من الميت ، بخلاف الدية لأن الميت من أهل الملك فى الأموال ، كما إذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته على ما تقرر كله فى أول باب الشهادة فى القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء فى صورة العمد أيضا على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، فلا يظهر الفرق بين صورتى الخطإ والعمد بالوجه المذكور فى الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله فى مسئلتنا فليتأمل فى الدفع (قوله وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر إنشاء فى حقهما) أقول : لقائل أن يقول : الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال : فاعتبر إنشاء فى حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان

سوى المولى أو لم يكن ، فإن كان يقطع الإعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به ، وإن لم يكن لايقطعها عندهما خلافا لمحمد رحمه الله ، وإن كان الثانى فالإعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن ، فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقى ظاهر . قال (ومن قال لعبديه أحدكما حرّ ثم شجا) إذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما : أى بين ذلك المبهم بالتعيين فى أحدهما ، وإنما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما فى حق الأرش معينا وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما فى بعض الصور كما فى الموت والقتل ، فإنه إذا قال أحدكما حرّ فمات أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر (فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل فى المعين ، والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة) فيكون أرشهما للمالك (ولو قتلهما رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد) لا قيمة عبدين ولا دية حرين (والفرق أن البيان وهو تعيين العتق المبهم فى أحدهما إنشاء من وجه إظهار من وجه على ماعرف) فى أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء ، فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لايصح ، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه ، ولو كان إنشاء من وجه لما أجبر عليه إذ المرء لايجبر على إنشاء العتق والعبد (بعد الشجة محل للبيان فاعتبر إنشاء فى حقهما وبعد الموت لم يبق محلاله فاعتبرناه إظهارا محضا ، وأحدهما حرّ بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل) والأصل فى هذا أن القاتل إما أن يكون واحدا أو اثنين ، فإن كان واحدا فإما أن قتلهما معا أو متعاقبا ؛ فإن كان الأول فالحكم ماذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة ، فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر ، وإن كانت فكل واحد منهما تجب ديته فى حال وقيمته فى حال ، ويقسم ذلك باعتبار الأحوال ، وهذا إذا استوت القيمتان . وأما إذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حرّ لأنا نتيقن أنه قتل عبدا وحرّا وقتل الحرّ يوجب الدية ، وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما . وإن كان الثانى فقد تعينت الحرية فى الثانى بقتل الأول . فكان على القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثانى للورثة ، وإن كان القاتل اثنين فإما أن قتلا معا أو متعاقبا ، فإن كان الأول كان على كل

كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول لأنه لايفيد فائدة ، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهى فى النفس دون الأطراف فبقى مملوكا فى حقها . قال(ومن فقأ عينى عبد ، فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ، ولا شىء له من النقصان عند أبى حنيفة ، وقالا : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعى : يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقى الباقى على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه . ونحن نقول : إن المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الأطراف لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه . وإذا كانت معتبرة

فتأمل فى التوجيه (قوله ونحن نقول : إن المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الأطراف لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه) قال جمهور الشراح فى حل هذا المقام : يعنى أن المالية معتبرة فى حق الأطراف كما أنها معتبرة فى حق الذات لسقوط اعتبار المالية فى حق الذات قصرا عليه : أى لأن اعتبار المالية فى حق الذات مقتصرا عليه ساقط بالإجماع : يعنى لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب ، بل اعتبرت فى حق الذات والأطراف جميعا ، هذا زبدة ما قالوا . أقول : فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافيا لما ذكره فى تعليل المسئلة المارّة فى صدر هذا الفصل من قبل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال : ولأن فيه : أى فى العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اه . فإن مدلول ما قاله هناك أن المالية التى هى أدنى من الآدمية مهدرة فى حق ذات العبد لتعذر الجمع بينها وبين الآدمية ، وإنما المعتبرة فيه هى الآدمية عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المالية معتبرة فى حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فبينهما تدافع لايخفى . ثم إن صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال فى تقرير المعنى المذكور : ونحن نقول إن المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الأطراف ، لأن اعتبارها

واحد منهما قيمة عبد لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه ، والعتق فى حق العين كأنه غير نازل وإنما هو نازل فى المنكر ، ولا نتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ، ولم يبين فى المبسوط أن ذلك للمولى أو لورثتهما . وقيل هذا والأول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة ، فإن العتق فى حق المولى ثابت فى أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين ، وإن لم يدر أيهما قتل أوّلا فالحكم كذلك ، وإن كان الثانى فعلى القاتل الأوّل قيمته لمولاه وعلى الثانى دية الثانى لورثته ، لأن العتق تعين فيه ، وقد ظهر لك من هذا أن ماذكره المصنف رحمه الله فيما إذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا أو اثنين . وقوله (ولأن القياس) معطوف على أن فى قوله والفرق أن البيان إنشاء . ووجهه أن القياس (يأبى ثبوت العتق فى المجهول) لأنه لايفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة . وما هو كذلك فلا معتبر به فى الشرع (وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم فى أحدهما بعينه (فيتقدر بقدر الضرورة وهى فى النفس) لأنها محل العتق (دون الأطراف) لأنه إن حلها حل تبعا فيبقى العبد مملوكا فى حق الأطراف على أصل القياس . قال (ومن فقأ عينى مملوك) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ، ودليل الشافعى رحمه الله كذلك ، وقاس على ما إذا قطع يدى حرّ أو مدبر ، وعلى ما إذا قطع إحدى يديه وفقأ إحدى عينيه . ونحن نقول : إن المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الأطراف ، لأن اعتبارها فى حق الذات : أى جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالإجماع ، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف ، ولأنها أولى باعتبار المالية فيها لأنها يسلك بها مسلك الأموال . وإذا كانت معتبرة فى الأطراف كان قيامها فيها كقيامها فى الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات ، فكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتفويت جنس

(قوله فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف) أقول : فيه بحث ،

وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدّر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة ، بخلاف ما إذا فقأ عيني حرّ لأنه ليس فيه معنى المالية ، وبخلاف عيني المدبر لأنه لايقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفى قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة . ولهما أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الأموال فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب ضمنه النقصان . وله أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الأطراف أيضا ؛ ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية ، لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لاينقسم على الأجزاء ،

فى حق الذات : أى فى جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالإجماع ، فإن الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف اه . أقول : فيه خلل زائد . أما أولا فلأنه فسر الذات بجميع البدن ، وليس بصحيح لأن جميع البدن من الأطراف . قال فى الصحاح : بدن الإنسان جسده ، وقوله تعالى ـ فاليوم ننجيك ببدنك ـ قالوا : بجسد لاروح فيه اه . وإنما المراد بالذات ما يقابل الأطراف وهو النفس وإتلافها بإزالة الروح . وأما ثانيا فلأنه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف ، وليس بسديد لأن إيجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لايدل على اعتبار المالية فى حق الأطراف لجواز أن يكون إيجابه إياه للآدمية كما فى الحر تدبر . وقال تاج الشريعة من الشراح فى حل كلام المصنف هنا : يعنى أن اعتبار المالية فى الأطراف لا فى الذات لأنها تسلك مسلك الأموال ولهذا لايتحملها العاقلة ، وفسر الذات فى قول المصنف المالية قائمة فى الذات بالعبد حيث قال : أى فى العبد . وقال فى شرح قوله لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه : يعنى أن سقوط اعتبار المالية مقتصرا فى النفس لا فى الأطراف ، ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية ، ولهذا لايجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية فى العبد باعتبار الأطراف اه أقول : هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف فى تعليل المسئلة المارة فى صدر الفصل من قبل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وإن كان فى استفادته من عبارة المصنف هاهنا تمحل كثير كما ترى ، لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبى يوسف ، وكلامه هنا مسوق لإقامة الحجة على الشافعى من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال : ونحن نقول : فلا بد أن يطابق لأصلهم جميعا وقد فات ذلك . وبالجملة إن كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لايذهب على الفطن ، ولعل صاحب الكافى تفطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر فى التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتفى أثر المصنف فى وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الأطراف أيضا)

المنفعة (وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضى (تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للماثلة بخلاف ما إذا فقأ عينى حر لأنه ليس فيه معنى المالية ، وبخلاف عينى المدبر لأنه لايقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفى قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة إتلاف النفس . ولما فرغ من الاستدلال على الشافعى رحمه الله شرع فى الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال (ولهما) أى لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله (أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى ذكرناه) وهو قوله وقالا إن شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كما فى سائر الأموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان . وله أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الأطراف أيضا ؛ ألا ترى أن عبدا الخ) وهو واضح . وقوله (ثم من أحكام الأولى) أى الآدمية (أن لاينقسم على الأجزاء) لأى لايتوزّع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف ، بل يكون بإزاء الفائت لاغير كما فى فقء عينى

ولا يتملك الجثة ، ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم .

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد)

قال (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها (لما روى عن أبى عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه ، ولأنه صار مانعا عن تسليمه فى الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من

أقول : الظاهر من هذا البيان أن المالية والآدمية معتبرتان معا فى ذات العبد : أى نفسه وأطرافه أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله ؛ وقد مر من المصنف فى أول الفصل أن المعتبر فى ذات العبد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله هى الآدمية دون المالية ، فإنها مهدرة فى ذاته عندهما فى فصل الجناية ، ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه فى المقامين تدافع ، اللهم إلا أن يحمل قوله هنا إن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات على مجرد الفرض فالمعنى أن المالية وإن فرضت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لايخلو عن بعد .

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما)

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة فى اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد ، كذا فى الشروح . قال بعض الفضلاء : فيه أن الملك كامل فى المدبر

الحر (ولا يتملك الجثة) وقوله (ومن أحكام الثانية) أى المالية (أن ينقسم) أى موجب الجناية وهو الضمان على الأجزاء والجثة وتملك الجثة كما فى تخريق الثوب . (فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) يعنى بالنظر إلى الآدمية ينبغى أن لايجب الضمان متوزعا بل بإزاء الفائت لاغير ، وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك فى المال ، وفيما قالا إلغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق ، وفيما قال الشافعى رحمه الله إلغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما و قلنا : إن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظرا إلى المالية ، وإن شاء أمسكه ولا شىء له نظرا إلى الآدمية ، والله أعلم .

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد)

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة منه فى اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد ، غير أن أم الولد أحط رتبة أيضا من المدبر فى ذلك الاسم حتى أن القاضى لو قضى بجواز بيعها لاينفذ ، بخلاف المدبر وهى أنثى أيضا فالأنوثة والانحطاط فى اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر . قال (وإذا جنى المدبر وأم الولد جناية ضمن المولى الخ) جناية المدبر على سيده فى ماله دون عاقلته حالة (لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه) وكان أميرا بالشام ، وقضاياه تظهر بين الصحابة رضى الله عنهم ، وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الإجماع (ولأنه صار مانعا من تسليمه) كما ذكره فى الكتاب ، ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرش لأنه لاحق لولى الجناية فى أكثر من الأرش ولا منع من المولى فى أكثر

(قوله وفيما قاله الشافعى إلغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه) أقول : الشافعى اعتبر المالية فيما إذا قتل العبد خطأ ، فما باله اعتبر هاهنا الآدمية .

(فصل فى جناية المدبر وأم الولد)

(قوله وهو العبد) أقول : الأولى وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة فى اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد) أقول :

غير اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لايعلم . وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش لأنه لاحق لولىّ الجناية فى أكثر من الأرش . ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة ، ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لايفيد فى جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة ، بخلاف القن لأن الرغبات صادقة فى الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنايات المدبر وإن توالت لاتوجب إلا قيمة واحدة) لأنه لامنع منه إلا فى رقبة واحدة ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لايتكرر فهذا كذلك ، ويتضاربون بالحصص فيها ؛ وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لأن المنع فى هذا الوقت يتحقق . قال (فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولىّ الأولى بقضاء فلا شىء عليه) لأنه مجبور على الدفع . قال (وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولىّ بالخيار ، إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولىّ الجناية ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : لاشىء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء . ولأبى حنيفة أن المولى جان بدفع حق ولىّ الجناية الثانية طوعا ، وولىّ الأولى ضامن بقبض حقه

وأم الولد دون الرق كما صرحوا به ، بخلاف المكاتب فإنه على العكس اهـ . أقول : فى الجواب عنه من طرف الشراح أن كمال الملك فى المدبر وأما الولد بالنسبة إلى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة ، بخلاف المكاتب فإن مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف فى محله لاينافى أكملية الملك فى العبد ، فإن مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه ، بخلاف المدبر وأم الولد فإن مولاهما لايملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وأشباهها لأنهما لايصلحان ذلك عندنا على ماعرف أيضا فى محله . ولا يخفى أن أكملية الملك فى العبد كافية فى تقديمه على المدبر وأم الولد فى الذكر فى باب جناية المملوك والجناية عليه ، وقد أفصح

من القيمة . وقوله (ولا يخير بين الأقل والأكثر) واضح وقوله (ويتضاربون بالحصص فيها) أى فى القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه) قال فى النهاية : ومن صورته ماذكره فى المبسوط قال : وإذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لأنه جنى على الثانى وقيمته ألفان ، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته ألفين ثم ألف من هذا الولىّ القتيل الأوسط خاصة ، لأن ولىّ الأول إنما يثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له فى الألف الثانية فيسلم ذلك لولىّ القتيل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين ولىّ لقتيل الأول وبين الأوسط ، لأنه لا حق فى هذه الخمسمائة لولىّ القتيل الثالث ، وإنما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف ، لأنه ما وصل إليه شىء من حقه ، ويضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به ، وكذلك الأوسط لايضرب بما أخذ فى المرتين ، وإنما يضرب بما بقى من حقه فنقسم الخمسمائة بينهم على ذلك . وقوله (فلا شىء عليه) أى على المولى لأنه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شىء . وقوله (وإن دفع قيمته بغير قضاء فالولىّ بالخيار) أى فولىّ الجناية الثانية بالخيار (إن شاء اتبع المولى) بنصف قيمته فى ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وإن شاء اتبع ولىّ الجناية) الأولى وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : لاشىء على المولى) لأنه ليس بجان فى الدفع (لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما إذا دفع بالقضاء) لأنه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضى لو رفع إليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما فى الرجوع فى الهبة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن كل واحد من الدافع والقابض جان ، أما الدافع وهو المولى فلأنه دفع حق ولى الجناية الثانية

فيه أن الملك كامل فى المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به ، بخلاف المكاتب فإنه على العكس .

ظلما فيتخير . وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الأولى . ومتأخرة حكما من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت كالمقارنة فى حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولىّ الثانية عملا بالشبهين . (وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة) لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر فى جميع ماوصفنا) لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير (وإذا أقرّ المدبر بجناية الخطإ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شىء عتق أو لم يعتق) لأن موجب جناية الخطإ على سيده وإقراره به لاينفذ على السيد . والله أعلم .

عنه عبارة الشراح حيث قالوا : قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح : يعنى لما عملنا بشبه التأخر فى ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة فى حق تضمين نصف المدفوع اه . أقول : فيه نظر ، إذ للخصم أن يقول : قد تحقق العمل بشبه المقارنة فى حق تشريك ولىّ الجناية الثانية لولىّ الجناية الأولى . إذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولىّ الجناية الأولى . خاصة لتقدمه فى استحقاقه المدفوع على ولى الجناية الثانية حقيقة وحكما ، ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكما عملنا بشبه المقارنة فشركنا ولىّ الثانية اولىّ الأولى كما دل عليه قول المصنف لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الأولى . فإذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبههما مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى . وقال صاحب الغاية فى بيان معنى المقام : جعلت الثانية كالمقارنة فى حق التضمين إذا وقع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثانى ، ولم تجعل كالمقارنة إذا وقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملا بشبهى المقارنة والتأخر اه . وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشىء . أقول : فيه خلل ، لأن العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ماعرف فى موضعه . فلما أمكن العمل بهما فى صورة واحدة مما نحن فيه وهى ما إذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير فى اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل ، وإنما كان يصح ذلك لو لم يتصوّر العمل بهما فى صورة واحدة ، بل كان اعتباره موقوفا على مجموع الصورتين وليس فليس . ثم إنه يرد عليه أيضا أن يقال : يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للأولى فى حق تشريك ولىّ الثانية لولىّ الأولى . وأن تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كما لايخفى .

طوعا ، وأما القابض وهو ولى الجناية الأولى فيقبض حق ولى الثانية ظلما ، والرجوع على الجانى جائز فيخير فى الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الأولى ، ومتأخرة حكما من حيث أنه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها ، فجعلت الثانية كالمقارنة للأولى فى حق التضمين لإبطاله) أى إبطال المولى (ماتعلق به من حق ولىّ الجناية الثانية) وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق ، وذلك فى حق أولياء الجنايتين سواء فيجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا ، وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك هاهنا . وقوله (عملا بالشبهين) يعنى لما عملنا بشبه التأخر فى ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة فى حق تضمين نصف المدفوع ، وقيل جعلت الثانية كالمقارنة فى حق التضمين إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ماتعلق به حق الثانى ، ولم تجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملا بشبهى المقارنة والتأخر . وقوله (وإذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح .

(قوله وجب أن يعمل بشبه المقارنة) أقول : قد عمل به فى حق تشريكه لولى الجناية الأولى ، ثم الأولى تبديل النصف بالبعض .

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية فى ذلك)

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات فى يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده فى يد الغاصب فمات من ذلك فى يد الغاصب لا شيء عليه) والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ، ولم يوجد القاطع فى الفصل الثانى فكانت

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية فى ذلك)

قال فى النهاية : لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب مايرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه . واقتفى أثره صاحب العناية . أقول : فيه قصور وفتور . أما أولا فلأن وجه ذكر غصب العبد فى هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه . وأما ثانيا فلأن ما ذكر فى هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه أو الجناية منه فكان من حكم المدبر فى الجناية . فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب مايرد عليه وما يرد منه . وأما ثالثا فلأن الصبيّ ليس بملحق بالمدبر فى حكمه المذكور فى هذا الباب كما لايخفى على الناظر المتأمل فى المسائل الآتية فى هذا الباب . نعم يجوز أن يعدّ ملحقا بالمدبر بل بالعبد فى كونه محجورا عن التصرفات على مابين فى كتاب الحجر ، ولكنه لايقتضى ذكر حكمه فى هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب فى قوله وذكر حكم من يلحق به . وقال فى معراج الدراية : لما ذكر حكم العبد والمدبر فى الجناية شرع فى بيان مايرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما اه . أقول : وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبى النهاية والعناية ، ولكن بقى المحذوران الأخيران منها واردين عليه أيضا كما ترى . وقال فى غاية البيان : لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر فى هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لأن المفرد قبل المركب ثم جرّ كلامه إلى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العينى . أقول : هذا أشبه الوجوه المذكورة وإن أمكن التقرير بأحسن منه تدبر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية الخ) واعترض الإمام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد أن نقله عن بعض المشايخ ، ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك : إلا أن هذا يخالف مذهبنا ، فإن الغصب لايقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا ، لأن السراية إنما تقطع به باعتبار تبدل الملك ، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب ، وأما قبله فلا كما نص عليه فى آخر رهن الجامع والباب الثانى من جناياته ، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوّم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ، ولم يرتفع لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لاحقيقة لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة . والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان ، بخلاف ما لو جنى

(باب غصب العبد والمدبر والصبيّ والجناية فى ذلك)

لما ذكر حكم المدبر فى الجناية ذكر فى هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه ، وذكر حكم من يلحق به . قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر فى هذه المسئلة أن غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لايقطعها ، وفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع ، فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته أقطع ، ولم يوجد القاطع فى الفصل الثانى فكانت

(باب غصب العبد والمدبر والصبيّ والجناية فى ذلك)

(قوله ولم يوجد القاطع فى الفصل الثانى ، فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا أقول : هذا الفرق مشكل

السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا ، كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان . قال (وإذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات فى يده فهو ضامن) لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله . قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم ردّه على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ، ويكون بين ولبي الجنايتين نصفين لاستوائهما فى الموجب . قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لأنه استحق نصف البدل بسبب كان فى يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب.

عليه بعد الغصب لأن الغصب يرتفع بها ، إلى هنا كلام قاضيخان . وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشىء . وأما صاحب العناية فبعد أن نقل ما قاله قاضيخان أورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال : وفيه نظر ، لأنا لانسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما ، فإن يد المولى ثابتة عليه حكما ولايثبت على الشىء الواحد يدان حكميتان بكمالهما و اليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لاتصلح معارضا ولامرجحا انتهى .أقول : نظره ساقط ، إذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما ، فإن معنى ثبوت اليد على الشىء حكما أن يترتب على تلك اليد حكم من الأحكام ، وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه

السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) وكيف لايكون مستردا (وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الإمام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا ، فإن الغصب لايقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا ، لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك ، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب ، أما قبله فلا . قال : نص عليه فى آخر رهن الجامع الثانى من جناياته ، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع . لأن الشىء إنما يرتفع بما هو فوقه أومثله ، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لاحقيقة ، لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة ، والثابت حكما دون الثابت حقيقة و حكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان ، وفيه نظر لأنا لانسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما ، فإن يد المولى ثابتة عليه حكما ، ولا تثبت على الشىء الواحد يدان حكميتان بكمالهما ، واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لايصلح معارضا ولا مرجحا . وقوله (وإذا غصب العبد المحجور عليه) واضح . وقوله (مؤاخذ بأفعاله) يعنى فى حال رقه ، وأما فى أقواله : فإن كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك ، وإن كان فيما يجب به المال فلايؤاخذ به فى رقه ، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية . قوله (ومن غصب مدبرا) واضح . وقوله (من غير أن يصير مختارا للفداء) لأن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر فى المستقبل فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجانى من غير علم بجنايته فإن فيه الأقل من قيمته ومن الأرش فكذا هذا . وقوله (فيصير) ظاهر . وقوله (فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أى بسبب كان عند الغاصب كما إذا غصب عبدا

لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وضعا والغاصب لايملك إلا بأداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان فى ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ، ولم يوجد تحققه لأن معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا ، إلا أن ينسب ذلك إلى غير الجانى ، كذا فى شرح الزيلعى ، وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف ، بل أن لايجعل الهلاك مضافا إلى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فإنه يجعل فى حق الغاصب كأنه مات بآفة سماوية فيضمن فليتأمل (قوله لأن السراية إنما تنقطع به) أقول : ضمير به راجع إلى الغصب (قوله ولا يثبت على الشىء الواحد يدان حكميتان) أقول : قال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » .

قال (ويدفعه إلى ولىّ الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف قيمته فيسلم له (لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولىّ الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدى إلى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ، وكيلا يتكرّر الاستحقاق . ولهما أن حق الأول فى جميع القيمة لأنه حين جنى فى حقه لايزاحمه أحد ، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فإذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه

وجوب الضمان بالإجماع . وأما سند منعه فليس بتامّ أيضا إذ لامحذور فى أن يثبت على الشىء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين وهاهنا كذلك ، فإن ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذى صدر منه فى يده ، وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان (قوله وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف قيمته فيسلم له ، لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولىّ الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدى إلى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد) قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الإمامين : وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه ولىّ الجناية الأولى حتى يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ، بل هو عوض ما أخذه ولىّ الجناية الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه ولىّ الجناية الثانية والجناية الثانية فى مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لاعند الغاصب ، فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضا عما دفعه إلى ولىّ الجناية التى صدرت من مدبره حال كونه فى يده . والعهدة فى مثل ذلك على ذى اليد دون غيره كما لاريب فيه . وعن هذا فرّق محمد بين هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التى هى عكس هذه المسئلة حيث وافق الإمامين هناك كما ستطلع عليه . وقال صاحب العناية : والجواب أن المولى ملك ماقبضه من الغاصب ودفعه إلى ولىّ الجناية الأولى عوضا عما أخذه ولىّ الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد اهـ . أقول : هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة ، إلا أن فى تقريره مساغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض فى جانب الدفع إلى ولىّ الجناية الأولى لا فى جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم . ثم إن الأظهر فى الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية إلى الإمام قاضيخان حيث قال : وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان أن ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع إلى ولىّ الجناية الأولى من العبد فيما بين المولى و الغاصب . وأما فى حق ولى الجناية الأولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشىء الواحد بدلا عن عين فى حق إنسان ، ويكون بدلا عن شىء آخر فى حق غيره كالنصرانى إذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر فى حق النصرانى وفى حق المسلم بدل دينه كذا هاهنا اهـ (قوله ولهما أن حق الأوّل فى جميع القيمة لأنه حين جنى فى حقه لايزاحمه أحد ، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى الخ) قال فى العناية : واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكما فكيف يكون حق الأول فى جميع القيمة . والجواب أن

فجنى فى يده فرده إلى المولى فجنى جناية فدفع إلى وليى الجنايتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته ، كذا هذا . وقوله (ويدفعه) أى النصف المأخوذ من الغاصب (إلى ولىّ الجناية الأولى ثم يرجع بذلك) أى بالمدفوع إلى ولىّ الجناية (على الغاصب . وهذا) أى هذا الدفع الثانى والرجوع الثانى (عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله) وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف قيمته فيسلم له) أى لايدفعه إلى ولىّ الجناية الأولى (لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجناية الأولى فلا يدفعه إليه لئلا يؤدى إلى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ولئلا يتكرّر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى ولىّ الجناية الأولى عوضا عما أخذه ولىّ الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد (ولهما أن حق الأول فى جميع القيمة ، لأنه حين جنى فى حقه لايزاحمه أحد ، وإنما انتقص حقه بمزاحمة الثانى . فإذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا أخذه إتماما لحقه ، وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه

على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب . قال (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا فى الفصل الأول ، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هى فى يد الغاصب فيدفعه إلى ولىّ الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع . ثم وضع المسئلة فى العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى فى يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولىي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى فى يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به (والجواب فى العبد كالجواب فى المدبر فى جميع ما ذكرنا ، إلا أن فى هذا الفصل يدفع المولى العبد وفى الأول يدفع القيمة . قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم ردّه على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لأن الجنايتين كانتا فى يد الغاصب (فيدفع نصفها إلى الأول) لأنه استحق كل القيمة ، لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد . قال (ويرجع به على الغاصب) لأن الاستحقاق بسبب كان فى يده ويسلم له ، ولا يدفعه إلى ولىّ الجناية الأولى ، ولا إلى ولىّ الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا فى النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه . ثم قيل : هذه المسئلة على الاختلاف كالأولى . وقيل على

المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير ، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع ،بلا مانع اهـ . أقول : فى الجواب بحث ، لأنا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير بل جعلت حكما أيضا فى حق مشاركة ولىّ الجناية الثانية لولى الجناية الأولى كما أرشد إليه قول المصنف فى الفصل السابق ؛ لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولىّ الجناية الثانية الأولى اهـ . فإذا جعلت المقارنة حكما فى حق مشاركة ولىّ الجناية الثانية أيضا كان ولىّ الجناية الثانية مزاحما لولىّ الجناية الأولى فى استحقاقه جميع القيمة ، فكيف يأخذ ولىّ الجناية الأولى وحده كل القيمة مع مزاحمة ولىّ الثانية له فى استحقاقه إياه ، وإن كان الاعتبار لتقدم الأولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغى أن لا يستحق ولىّ الثانية شيئا من قيمة المدبر ، وليس الأمر كذلك بالإجماع فليتأمل فى الجواب الشافى (قوله ولا إلى ولىّ الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا فى النصف لسبق حق الأول) أقول : لقائل أن يقول : إن كان حق ولىّ الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف

على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب) واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى فكيف يكون حق الأول فى جميع القيمة . والجواب أن المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير ، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع . قال (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق . والفرق لمحمد رحمه الله بينها وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب إلى ولى الجناية الأولى لم يؤدّ إلى الجمع بين البدل والمبدل ، لأنه لما كانت الجناية الأولى عند المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع إلى ولىّ الجناية الثانية دون الأولى ، لأن الثانيه هى الموجوده عند الغاصب . وإذا لم يكن بدلا عما دفع إليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل . وقوله (ثم وضع) يعنى أن محمدا رحمه الله وضع فى الجامع الصغير هذه المسئلة فى العبد بعد ما وضعها فى المدبر وكلامه فيه واضح . وقوله (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية) كذلك . وقوله (ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف) يعنى قال بعض المشايخ رحمهم الله : فى هذه المسئلة خلاف محمد رحمه الله أيضا كما فى المسئلة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ، ولا يأخذ ولى الجناية الأولى ما بقى من حقه ؛ وقيل

الاتفاق . والفرق لمحمد أن فى الأولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى ّ الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت فى يد المالك ، فلو دفع إليه ثانيا يتكرر الاستحقاق ، فأما فى هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى إلى ماذكرناه . قال (ومن غصب صبيا حرّا فمات فى يده فجأة أو بحمى فليس عليه شىء ، وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان . والقياس أن لايضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى ، لأن الغصب فى الحر لايتحقق ؛ ألا يرى أنه لو كان مكاتبا صغيرا لايضمن مع أنه حر يدا ، فإذا كان الصغير حرا رقبة ويدا أولى . وجه الاستحسان أنه لايضمن بالغصب ولكن يضمن بالإتلاف ، وهذا إتلاف تسبيبا لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق ، وهذا لأن الصواعق والحيّات والسباع لاتكون فى كل مكان ، فإذا نقله إليه فهو متعدّ فيه وقد

القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لأنه لاحق له إلا فى النصف ينبغى أن لاتكون التى وجبت على المولى بين وليى الجنايتين نصفين كما هو المذكور فى وضع المسئلة ، بل ينبغى أن يكون بينهما أثلاثا : ثلثاه لولى ّالجناية الأولى ، وثلثه لولى ّ الجناية الثانية لأن حق ولى ّ الجناية الأولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال : لأنه استحق كل القيمة ، وعلى تقدير أن يتعلق حق ولى ّ الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه فى القيمة نصف حق ولى الجناية الأولى فينبغى أن يتضاربا فى القيمة بقدر حقيهما فيها ، إذ قد مر فى الفصل السابق أن جنايات المدبر إذا توالت لاتوجب إلا قيمة واحدة لأنه لامنع من المولى إلا فى رقبة واحدة ، وأولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وإن كان حق ولى الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ، ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقى له نصفها ، وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له إلا فى النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانيا إلى ولى ّ الجناية الثانية ، لأن حقه كان فى كل القيمة كون الجناية الأولى ، إلا أنه سقط نصفها بالتزاحم ، فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولى الجناية الأولى إليه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق ولى الجناية الثانية فى النصف الساقط بالتزاحم إليه كحق ولى الجناية الأولى . ثم أقول : يمكن أن يجاب بأن يختار الشق الثانى ، ويقال فى الفرق بين وليى الجنايتين إن حق الأول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها بتزاحم الثانى من بعد ذلك ولكن لايسقط بالكلية وحق الثانى أيضا يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الأول ، وذلك لأنه لاحق لغير الأول عند وجود الجناية الأولى ، فانعقدت سببا موجبا لاستحقاق كل القيمة ، وانتقاص حقه إنما كان بعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك ، بخلاف الجناية الثانية فإنها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنعقد سببا موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ، ومرّ فى مواضع شتى من الكتاب ، هذا غاية ماتيسر من الكلام فى توجيه المقام (قوله فأما فى هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى إلى ماذكرناه) قال صاحب العناية : فيه نظر ، فإن الجناية

على الاتفاق ، ويأخذ ولىّ الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح ، لأن محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة فى الجامع الصغير بلا خلاف ، وكذا قرره فخر الإسلام رحمه الله وغيره فى شروح الجامع الصغير ، فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله إلى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكره فى الكتاب ، لكن قوله (فأما فى هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر ، فإن الجناية الثانية وإن حصلت فى يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أوّل مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا فى مقابلة ما أخذه . وقوله (ومن غصب صبيا حرّا) أى ذهب به بغير إذن وليه فيكون

(قوله قيل وهذا هو الصحيح) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله فيه نظر فإن الجناية الثانية الخ) أقول : فيه نظر ، فإنه لما أخذ ولى الجناية الأولى مارجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضا عما سلم لولى الثانية لوجدانه شيئا فارغا من بدل العقل فى يد المالك رجع المولى ثانيا على الغاصب ، لأن الاستحقاق كان بسبب كان فى يده ، ولا يلزم فى ذلك أن يبقى لولى الثانية استحقاق كما لايخفى فتأمل .

أزال حفظ الولىّ فيضاف إليه ، لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدّيا كالحفر فى الطريق ، بخلاف الموت فجأة أو بحمى ، لأن ذلك لايختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا . قال (وإذا أودع صبىّ عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية ، وإن أودع طعاما فأكله لم يضمن) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والشافعى : يضمن فى الوجهين جميعا ، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لايؤاخذ بالضمان فى الحال عند أبى حنيفة ومحمد ، ويؤاخذ به بعد العتق . وعند أبى يوسف والشافعى يؤاخذ به فى الحال . وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة فى العبد والصبىّ . وقال محمد فى أصل الجامع الصغير : صبىّ قد عقل . وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبىّ ابن اثنى عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر. لهما أنه أتلف مالا متقوّما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبدا وكما إذا أتلفه غير الصبىّ فى يد الصبىّ المودع . ولأبى حنيفة ومحمد أنه أتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا لأن العصمة تثبت حقا له وقد فوّتها على نفسه حيث وضع المال

الثانية وإن حصلت فى يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أوّل مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا فى مقابلة ما أخذه اهـ . أقول : هذا النظر ناشئ من غلط فى استخراج مراد المصنف رحمه الله ، فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية فى قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذى يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ، ولاشك أن مراد المصنف بذلك هو الذى يرجع به المولى على الغاصب أوّل مرة ، وهو النصف الذى كان حقا لولى الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة فى ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال ، وماذا بعد الحق إلا الضلال .

ذكر الغصب فى هذا الموضع بطريق المشاكلة ، وهو أن يذكر الشىء بلفظ غيره لوقوعه فى صحبته ، وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتبا ونقله إلى هذه الأماكن وهلك فإنه لاضمان والتعدى فى التسبيب فيه موجود . وأجيب بأن المكاتب فى يد نفسه وإن كان صغيرا فإنه ليس لأحد ولاية تزويجه فكان كالحرّ الكبير ، والحرّ الكبير فى يد نفسه ، فكذا المكاتب وإن كان صغيرا . فإن قيل ما حكم الحرّ الكبير إذا نقل إلى هذه الأماكن تعديا فأصابه شىء من ذلك ؟ أجيب بأن حكمه أن ينظر إن كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب ، وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لايضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافا إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحرّ الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لايمكنه حفظ نفسه . قال (وإذا أودع صبىّ عبدا فقتله) كلامه ظاهر . وذكر فى شرح الطحاوى : ومن أودع عند صبىّ مالا فهلك فى يده لاضمان عليه بالإجماع ، وإن استهلكه الصبىّ فإنه ينظر إن كان الصبىّ مأذونا له فى التجارة يضمن بالإجماع ، وإن كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالإجماع ، وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا فى الحال ولا بعد الإدراك . وقال أبو يوسف رحمه الله : يضمن فى الحال ، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن فى الحال وهو تفسير حسن . وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه فخر الإسلام رحمه الله حيث ذكره فى الجامع الصغير هكذا . وأما فى غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشى فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها : هذا الخلاف فيما إذا كان الصبىّ عاقلا ، وإن لم يكن عاقلا فلا يضمن فى قولهم جميعا . وقوله (وكما إذا أتلفه غير الصبىّ فى يد الصبىّ المودع)

فى يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظار إلا إذا أقام غيره مقام نفسه فى الحفظ . ولا إقامة هاهنا لأنه لاولاية له على الاستقلال على الصبى ولا للصبى على نفسه . بخلاف البالغ والمأذون له لأن لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحقه إذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم ، وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبى فى يد الصبى لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبى الذى وضع فى يده المال دون غيره . قال (وإن استهلك مالا ضمن) يريد به من غير إيداع لأن الصبى يؤاخذ بأفعاله . وصحة القصد لامعتبر بها فى حقوق العباد . والله أعلم بالصواب .

(باب القسامة)

قال (وإذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم ،

(باب القسامة)

لما كان أمر القتيل يئول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها فى باب على حدة فى آخر الديات . ثم إن القسامة فى اللغة :

يعنى أنه يضمن المتلف ، ولو كان التسليط على الاستهلاك فى حق الصبى المودع لثبت فى حق غيره أيضا لأن المال الذى سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لايجب الضمان عليه ، ومعنى التسليط تحويل يده فى المال إليه . وقوله (فى يد مانعة) أى من الإيداع والإعارة : يعنى أن المودع وضع المال فى يد مانعة عن الإيداع ، ومن فعل كذلك لايستحق النظر لأنه أوقع ماله فى يد تمنع يد غيره عليه باختياره ، إلا إذا كان وضعه فيها بإقامة غيره مقام نفسه فى الحفظ ، ولم توجد الإقامة لأنه لاولاية له على الصبى ولا للصبى على نفسه فكان تضييعا من جهته . وفى قوله (لأنه لاولاية له على الصبى) فيه نظر ، لأن إقامة غيره مقام نفسه لايستدعى ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه ، وإلا لانسد باب الوديعة . ويمكن أن يقال : إنما قال ذلك جوابا عما يقال : لو كان الإيداع من الصبى تسليطا له على الإتلاف لضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها ، لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ، ومع ذلك لاضمان عليه فكأنه قال : إقامة غيره مقام نفسه تستلزم إما ولاية المقيم على من أقامه مقامه كما فى هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما فى سائر صور الودائع ، ولم يوجد شىء من ذلك فى إيداع الصبى الأجنبى . وقوله (لأن عصمته لحقه) أى لحق العبد يعنى لا باعتبار أن المالك يعصمه لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط ، وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك ، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا ، بخلاف سائر الأموال فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكهما بالتسليط . ونوقض بما إذا أودع الصبى شاة فخنقها فإنه لايضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط . والجواب أن كلامنا فيما لايملك إتلافه من حيث كونه أجنبيا والشاة ليست كذلك ، وإنما لم يملك خنقها من حيث أنه تضييع فكان كالتسبيب . وقوله (لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبى الذى وقع فى يده المال دون غيره) يعنى أن المالك بالإيداع عند الصبى إنما اسقط عصمة ماله عن الصبى لا عن غيره وماله معصوم فى حق غيره كما كان ، والله تعالى أعلم .

(باب القسامة)

لما كان أمر القتيل فى بعض الأحوال يئول إلى القسامة ذكرها فى آخر الديات فى باب على حدة . وهى فى اللغة : اسم وضع

(قوله ولو كان التسليط) أقول : أى ثبت (قوله فيه نظر ، لأن إقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول : فى تمشية النظر تأمل .

(باب القسامة)

يتخيرهم الولى بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعى : إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أوخطأ . وقال مالك: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى فى القتل العمد وهو أحد قولى الشافعى ، واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أوظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه ،

اسم وضع موضع الإقسام ؛ كذا فى عامة الشروح أخذا من المغرب . وقال فى معراج الدراية : القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الإقسام انتهى . أقول : لايرى وجه صحة لكون القسامة مصدر أقسم كما لايخفى على من له دربة بعلم الأدب. وأما فى الشريعة فهى أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا كذا فى العناية . أقول : فيه قصور ، فإنه يخرج منه ما إذا وجد القتيل لا فى محلة ولا فى دار بل فى موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب فى هذه الصورة أيضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجىء فى الكتاب. ولايقال : إنه بنى الكلام على ماهو الأكثر وقوعا ، لأن المقام مقام تعريف لمعنى القسامة فى الشريعة فلابد من أن يكون جامعا ومانعا كما لايخفى. فالأولى أن يزاد عليه قيود ويقال : هى فى الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أوقرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه إذا وجد فى شىء منها قتيل به أثر لايعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا . وقال فى النهاية: وأما تفسيرها شرعا فما روى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه قال : فى القتيل يوجد فى المحلة أو دار رجل فى المصر إن كان به جراحة أو أثر ضرب أوأثر خنق ولايعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة كل منهم بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا انتهى . أقول: فيه سماجة لاتخفى ، فإن ما روى أبو يوسف عن أبى حنيفة على ماذكر فى النهاية إنما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة شرعا ، فإن التفسير من قبيل التصورات ، وماذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى ، نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر ، لكنه فى موضع بيان معنى القسامة شرعا فى أول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب . ثم قال فى النهاية : وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا ، فلذلك لم يدخل فى القسامة المرأة والصبى والمجنون والعبد . وأن يكون فى الميت الموجود أثر القتل ، وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية . ومن شروطها أيضا تكميل اليمين بالخمسين انتهى . وفى غاية البيان أيضا كذلك . أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن شروطها غير منحصرة بما ذكر . فإن منها أيضا أن لايعلم قاتله ؛ فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أو الدية كما تقدم . ومنها أن يكون القتيل من بنى آدم فلا قسامة فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ولا غرم فيها . ومنها الدعوى من أولياء القتيل لأن القسامة يمين واليمين لاتجب بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى . ومنها إنكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر. ومنها المطالبة بالقسامة ، لأن اليمين حق المدعى وحق الإنسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الأيمان . ومنها أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لأحد أو فى يد أحد فإن لم يكن ملكا لأحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية . ومنها أن لايكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذى وجد فيه ،

موضع الأقسام . وفى الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر . يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا . وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا . وركنها إجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل فى الميت وتكميل اليمين خمسين . وحكمها القضاء بوجوب الدية : إن حلفوا والحبس إلى الحلف إن أبوا إن ادعى الولى العمد، وبالدية عند النكول إن ادعى الخطأ . ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما سيأتى . وقوله (يتخيرهم الولى) أى يختار من القوم من يحلفهم . وقوله (بالله ما قتلناه) على طريق الحكاية عن الجميع ، وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا يحلف بالله ماقتلنا لجواز أنه

(قوله وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته) أقول : وذكورته ، ويجوز أن يقال : أشار إليه بلفظ المقسم وفيه شىء . والأصوب أن يقال : المرأة من أهل القسامة فى الجملة ؛ ألا يرى إذا وجد قتيل فى قرية لامرأة ، فعند أبى حنيفة ومحمد القسامة عليها كما يجىء

وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا ، غير أنه لايكرر اليمين بل يردها على الولىّ ، فإن حلفوا لادية عليهم للشافعى فى البداءة بيمين الولى قوله عليه الصلاة والسلام للأولياء « فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه » ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه وردّ اليمين على المدعى أصل له كما فى النكول ، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لايجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وفى رواية « على المدعى عليه » وروى سعيد بن المسيب « أن النبى عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل

فلا قسامة ولادية فى قنّ أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلا فى دار مولاه . نص فى البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذى ذكرناه مع زيادة تفصيل ، فما وجه ذكر بعض الشروط وترك أكثرها . وأما ثانيا فلأنه إذا وجد قتيل فى دار مكاتب فعليه القسامة . وإذا حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية . نص عليه فى البدائع ، وقال : ذكره القاضى فى شرحه لمختصر الطحاوى ، فما معنى جعل كون المقسم حرا من شروطها ، اللهم إلا أن يقال : المكاتب حرّ يدا وإن لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به ومرّ فى الباب السابق فوجد فيه الحرية فى الجملة فجاز اشتراط الحرية فى القسامة مطلقا بناء على ذلك ؛ لكن لايخفى ما فيه . وقال فى العناية : وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل فى الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى . أقول : فيه شىء من الإخلال زائد على ما فى النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة فى المقسم مع كونها شرطا أيضا . ثم أقول : فى إمكان توجيه ذلك احتمالان : أحدهما أنه اكتفى فى إفادة ذلك الشرط أيضا بتذكير لفظ المقسم فى قوله بلوغ المقسم ، وبتذكير الضمير فى قوله وعقله وحريته . وإن كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا فى أحكام الشرع . وثانيهما أنه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة فى مسئلة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وهى ماسيجىء فى آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتيل فى قرية لامرأة ؛ فعند أبى حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها . وقال أبو يوسف : القسامة على العاقلة أيضا فكانت المرأة أهلا للقسامة فى الجملة عندهما (قوله وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا) أقول : فى تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال : أما أولا فلأن مذهب الخصم مثل مذهبنا إذا لم يكن هناك لوث : أى قرينة حال توقع فى القلب صدق المدعى سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدم ، أو من قبل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثانى كما هو الظاهر من قوله وإن لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه ، فحق العبارة أن يقال : وإن لم يكن هناك لوث. وأما ثانيا فلأن إيراد الضمير المفرد فى قوله فمذهبه بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعى ومالك وإن قال اللوث عندهما الخ من قبيل الإغلاق حيث لايفهم أن مرجعه أىّ منهما . وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعى وبعضهم على مالك فحق المقام الإظهار دون الإضمار كما لايخفى (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » وفى رواية « على المدعى عليه ») أقول : لقائل أن يقول : إن قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على المدعى عليه » إن أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ماصرحوا به فى علم الأدب من أن المعرف بلام

باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ماقتلنا . وقوله (وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه) أى مذهب الشافعى رحمه الله (كمذهبنا غير أنه لايكرّر اليمين) وقوله (ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعنى كما فى سائر الدعاوى ، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته ، فأما فى القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له ، وبقية

فى آخر الباب (قال المصنف : وإن لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول : الظاهر أن يقول : وإن لم يكن ثمة لوث فإن النكرة إذا أعيدت معرفة تكون عين الأول ، لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لايخفى .

الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم » ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولى إلى الاستحقاق ولهذا لايستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لايستحق به النفس المحترمة . وقوله يتخيرهم الولى إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولى لأن اليمين حقه . والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل، وفائدة اليمين النكول . فإن كانوا لايباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح . ولو اختاروا أعمى أو محدودا فى قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة . قال (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولى) وقال الشافعى لاتجب الدية لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عبد الله بن سهل رضى الله عنه « تبرئكم اليهود بأيمانها » ولأن

الجنس إذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو « الكرم التقوى والتوكل على الله » و « الأئمة من قريش » وقد أشار إليه المصنف فى باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على أن لايرد اليمين على المدعى عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » وقال : فى وجهه جعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شىء انتهى . لزم أن لايصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما إذا ادعى الولى القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة فى هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجىء . وجعل إطلاق جواب الكتاب دليلا عليه وقال : وهكذا الجواب فى المبسوط وإن لم يفد قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على المدعى عليه » قصر اليمين على المدعى عليه لايثبت المدعى هاهنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به ، اللهم إلا أن يقال : يجوز أن يثبت به المدعى هنا بوجه آخر وهو أنه عليه الصلاة والسلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافى الشركة ، وقد أشار المصنف إليه أيضا فى باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال : ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » قسم والقسمة تنافى الشركة ، وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شىء انتهى . ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة إنما تقتضى أن لايحلف المدعى لا أن لايحلف غير المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه فى صورة إن ادعى الولى القتل على بعض معين من أهل المحلة . نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف فى باب اليمين وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شىء تأمل تقف (قوله وفائدة اليمين النكول ، فإذا كانوا لايباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح) اقول : لافائدة هنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول ، بل فيه خلل لأن موجب النكول فى هذه المسئلة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولى كما سيأتى فى الكتاب ، فإنما يظهر فائدة اليمين على الصالح فى إظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا فى مجرد نكوله حتى يلزم المصير إلى ذكر المقدمة المزبورة ، ثم إن كون فائدة اليمين النكول إنما هو فى الأموال لا فى باب القسامة لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية ، بخلاف النكول فى الأموال كما سيأتى بيانه فى الكتاب ، فلا معنى لذكر تلك المقدمة هاهنا ، ولقد أصلح صاحب الكافى تقرير هذا المحل حيث قال : وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة ، فإذا علموا القاتل فيهم أظهروه ولم يحلفوا انتهى . بقى فى هذا المقام إشكال على كل حال ، وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لايقبل قوله ولايعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به ،

كلامه واضح . وقوله (لأنه يمين وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجرى اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والأعمى والمحدود فى القذف ليسا من أهل أدائها . قوله (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أى على عاقلة أهل المحلة (بالدية) فى ثلاث سنين . وقوله (تبرئكم اليهود بأيمانها) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة إلى خيبر وتفرقوا لحوائجهم ، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من خيبر يتشحط فى دمه ، فجاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه ، فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم ، فقال صلى الله عليه وسلم : الكبر الكبر ، فتكلم أحد عميه

اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لاملزما كما فى سائر الدعاوى . ولنا أن النبىّ عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة فى حديث ابن سهل وفى حديث زياد بن أبى مريم ، وكذا جمع عمر رضى الله عنه بينهما على وادعة . وقوله عليه الصلاة والسلام « تبرئكم اليهود » محمول على الإبراء عن القصاص والحبس ،

وسيجىء فى الكتاب تفصيله فما الفائدة فى استحلافهم على العلم رأسا . ولم أر أحدا من الثقات حام حول حلّ هذا الإشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال : فإن قيل : أية فائدة فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لايقبل قولهم لأنهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاشهادة للمتهم » وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاشهادة لجارّ المغنم ولا لدافع المغرم » قيل إنما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة ، لأن السنة هكذا وردت لما روينا من الأخبار فاتبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى . ثم فيه فائدة من وجهين : أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل عبدا لواحد منهم فيقرّ عليه بالقتل فيقبل إقراره ، لأن إقرار المولى على عبده بالقتل الخطإ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا ، وجائز أن يقرّ على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الأصل ، ثم بقى هذا الحكم. وإن لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل فى الطواف « فإن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان رمل فى الطواف إظهارا للجلادة والقوّة للكفرة ويقول : رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه» ثم زال ذلك اليوم وبقى الرمل فى الطواف كذا هذا . والثانى أنه لايمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبيا أو مجنونا أو عبدا محجورا بالقتل . فلو أقرّ به يلزمه فى ماله فيحلف بالله ماعلمت له قاتلا ، لأنه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبىّ الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا . إلى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة فى حديث ابن سهل) قال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإنه لم يجر القسامة بينهم بالكلية ، وإنما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده . وفى رواية « من إبل الصدقة » على ما ذكر فى الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى . أقول : أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله «تبرئكم اليهود بأيمانها» وإنما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل إياها حيث قالوا : لانرضى بأيمان قوم كفار لايبالون ماحلفوا عليه ، ومطالبة ولىّ القتيل بالقسامة شرط لإجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع ، وإنما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو بمائة من إبل الصدقة على سبيل الحمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر إليهم . وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قالا بعد نقل الحديث : إنما ودى رسول الله عليه الصلاة والسلام لأنه تجوز الحمالة عن أهل الذمة ، فإن قضاء دين الغير برّ له ، وأهل الذمة من أهل البرّ إليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات إليهم ، ولا يجوز من مال الزكاة إلا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى . ثم إن هذا القدر من التوجيه إنما يحتاج إليه على ما روى من حديث عبد الله بن سهل بن أبى حثمة كما وقع فى الصحيحين ، وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع فى شرح الآثار للطحاوى قصرا على الزهرى وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهرى عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه فى مصنفه ، ومنهم ابن أبى شيبة رواه أيضا فى مصنفه ،

حويصة أو محيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك . قال : ومن قتله ؟ قالوا : ومن يقتله سوى اليهود ؟ قال عليه الصلاة والسلام : تبرئكم اليهود بأيمانها . فقالوا : لا نرضى بأيمان قوم كفار لايبالون ما حلفوا عليه . فقال عليه الصلاة والسلام : أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ فقالوا : كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه ،

(قال المصنف : ولنا أنه جمع بين الدية والقسامة فى حديث ابن سهل) أقول : فيه بحث ، فإنه لم يجر بينهم القسامة بالكلية ، وإنما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده . وفى رواية : من إبل الصدقة على ما ذكر فى الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا .

وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ماشرعت لتجب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص . ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لابنكولهم ، أو وجبت بتقصيرهم فى المحافظة كما فى القتل الخطإ (ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية ،

ومنهم الواقدى رواه فى مغازيه فى غزوة خيبر . فإيجاب النبى صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف إجمالا من قبل حيث قال : وروى ابن المسيب «أن النبى عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود فى القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم » وفصله الشراح حيث قالوا : روى الزهرى عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتيل من الأنصار وجد فى جبّ اليهود بخيبر ، وذكر الحديث إلى أن قال فألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى . وكذا أمر إيجاب القسامة والدية معا على اليهود ظاهر على ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر : إن هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذى يخرجه عنكم ؟ فكتبوا له إن مثل هذه الحادثة وقعت فى بنى إسرائيل ، فأنزل الله تعالى على موسى عليه الصلاة والسلام أمرا ، فإن كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك ، فكتب إليهم : إن الله تعالى أرانى أن أختار منكم خمسين رجلا يحلفون بالله ماقتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية ، قالوا : لقد قضيت فينا بالناموس : أى بالوحى » كذا ذكر الحديث فى الكافى والبدائع وغيرهما . فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الإحاطة بجوانب المقام خبرا (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة ماشرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول : الظاهر أن المراد بهذا الجواب هو عن قول الشافعى ، ولأن اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه . لكن يرد عليه أنه إنما يتم فيما إذا ادعى ولىّ القتيل القتل العمد ، فإن الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقروا بذلك . فإن حلفوا حصلت البراءة عنه . وأما فيما إذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك ، لأن الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقروا به ، فإذا حلفوا لاتحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا . ويمكن أن يقال : ولىّ القتيل وإن ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بأنا ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا بإطلاق القتل عن قيد العمد والخطإ فيجوز إن وقع القتل منهم عمدا ولم يعلمه الولىّ بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ ، فلو أقروا فى مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الأيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل فى تحليفهم لظهر القصاص . فإذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا . فإن قلت : إذا كانت دعوى الولىّ مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح إطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير فى الشرع ؟ قلت : لاغرو فى ذلك ، وله نظير فى الشرع ، ألا يرى أنه لو ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا أو خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ماسيجىء فى الكتاب فتأمل ، فإن حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر إليه فى تصحيح كلام المصنف هنا وإن كان يرى تعسفا فى بادئ الرأى (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم لابنكولهم) أقول : لا وجه لذكر قوله لابنكولهم هنا ، بل الحق أن يذكر بدله لابأيمانهم لأنا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم ، وأما موجب نكولهم فإنما يأتى بيانه من بعد بقوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ، ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا الخ جواب عن قول الشافعى لاملزما كما فى سائر الدعاوى : يعنى ما عهد اليمين فى الشرع ملزما كما فى سائر الدعاوى . فالدافع له أن يقال : الدية إنما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لابأيمانهم ، فلم يكن اليمين ملزما هنا كما فى سائر الدعاوى ، فقوله لابنكولهم حشو محض فى دفع ذلك ، وإنما اللازم أن يقال بدله لا بأيمانهم كما لايخفى (قوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف)قال تاج الشريعة : هذا إذا ادعى

فوداه بمائة من إبل الصدقة » واستدل الشافعى رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام « تبرئكم اليهود بأيمانها » على أنه لادية بعد

بخلاف النكول فى الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية ، هذا الذى ذكرنا إذا ادّعى الولىّ القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى فى العمد أو الخطإ لأنهم لا يتميزون عن الباقى ، ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب ، يدل عليه إطلاق الجواب فى الكتاب ، وهكذا الجواب فى المبسوط . وعن أبى يوسف فى غير رواية الأصل أن فى القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ، ويقال للولى ألك بينة ؟ فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة . ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم ، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان فى مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم ، وفيما وراءه بقى على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم .

الولىّ القتل عمدا ، أما إذا ادعاه خطأ فنكل أهل المحلة فإنه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى . وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم هاهنا مثل ما قيده تاج الشريعة ، إلا أن صاحبى النهاية والعناية قالا فى صدر هذا الباب : حكم القسامة القضاء بوجوب الدية إن حلفوا ، والحبس حتى يحلفوا إن أبوا لو ادّعى الولىّ العمد ، ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى . ولا يخفى أن ظاهر ما ذكراه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا . أقول : لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسئلة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذى ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذى ذكرناه إذا ادعى الولىّ القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم ، والدعوى فى العمد أو الخطأ أن يكون الحبس إلى أن يحلف الناكل موجب النكول فى كل واحدة من صورتى دعوى العمد ودعوى الخطإ ، وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة ، وكذا أطلقه الإمام قاضيخان فى فتاواه حيث قال : وإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى . وكذا حال سائر ثقات الأئمة فى تصانيفهم ، وكأن صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال فى صدر هذا الباب : حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة فى ثلاث سنين عندنا ، وعند الشافعى إذا حلفوا برئوا ، وأما إذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقروا انتهى فإنه جرى فى بيان حكمها أيضا على الإطلاق كما ترى . ثم أقول : التحقيق هاهنا هو أن فى جواب هذه المسئلة روايتين إحداهما أنهم إن نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الإطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة ، والأخرى أنهم إن نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطإ ، وهو رواية الحسن بن زياد عن أبى يوسف ، وقد أفصح عنه فى المحيط البرهانى حيث قال : ثم فى كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضى خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا ، هكذا ذكر فى الكتاب . وروى الحسن بن زياد عن أبى يوسف أنه قال : لا يحبسون ، ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم فى ثلاث سنين . وقال ابن أبى مالك : هذا قوله الآخر ، وكان ما ذكر فى هذه الرواية قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الأول ، إلى هنا لفظ المحيط . ثم أقول : لى هاهنا إشكال ، وهو أنه قد مرّ فى باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالإجماع ، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لزمه الأرش فى النفس وفيما دونها انتهى . فمقتضى إطلاق ذلك أن يكون موجب النكول فى القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبى يوسف ومحمد وإن ادعى ولى القتيل القصاص مع أن المذكور فى عامة الكتب أن يكون موجب النكول فى القسامة هو الحبس إلى الحلف بلا خلاف فيه من أبى يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية . نعم قد ذكر أيضا فى المحيط والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبى يوسف أنه

وإلا لما كان ثمة براءة . ووادعة قبيلة من همدان . وقوله (يدل عليه إطلاق الجواب فى الكتاب) أى فى كتاب القدورى ، أشار به إلى ما ذكره بقوله : وإذا وجد القتيل فى محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ (وهكذا الجواب فى المبسوط)

وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لافصل فى إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لابالقياس ، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادّعاه إذا كان له بينة ، وإن لم تكن استحلفه يمينا واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس . ثم إن حلف برئ وإن نكل والدعوى فى المال ثبت به . وإن كان فى القصاص فهو على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى . قال (وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روى أن عمر رضى الله عنه لما قضى فى القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية . وعن شريح والنخعى رحمهما الله مثل ذلك ، ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن . ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ، ثم فيه استعظام أمر الدم ، فإن كان العدد كاملا فأراد الولى أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال . قال (ولا قسامة على صبى ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح . قال (ولا امرأة ولا عبد) لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها . قال (وإن وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لأنه ليس بقتيل ، إذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حىّ وهذا ميت حتف أنفه ، والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا ، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لايخرج منها إلا بفعل من جهة الحى عادة ، بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه فى الشهيد (ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية ، وإن وجد نصفه مشقوقا

يقضى بالدية فى القسامة أيضا عند النكول ، لكن يبقى إشكال التنافى بين ما ذكر فى المقامين على قول أبى يوسف فى ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا فتأمل فى الدفع (قوله وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لافصل فى إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس) أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد بإطلاق النصوص إطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم ، لكن لايجدى هنا نفعا ، إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده ، والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلابد وأن تكون مخصوصة بموردها ، وهو ما إذا وجد القتيل فى مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم كما ذكر فى وجه القياس ، وإن أراد بإطلاقها إطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع إذا لم يسمع فى حق القسامة نص ورد فيما إذا ادعى الولى القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لايخفى على من تتبع النصوص الواردة فى هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول : يشكل إطلاق هذا بقول أبى حنيفة ومحمد فى مسئلة تجىء فى آخر هذا الباب ، وهى أنه لو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرّر عليها الأيمان والدية على عاقلتها . وأما عند أبى يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهى ، وسيجىء

يعنى أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه . وقوله (على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى) بين أبى حنيفة وصاحبيه حيث قال : ومن ادّعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالإجماع الخ . قال (وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين) وافى إليه : أى أتى إليه ، وأهل اللغة يقولون وافاه . ولم يذكر الأنف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقا ، وقد قيل : إذا

(قال المصنف : ثم يجب عليهم القسم) أقول : فيه أنه تكرار .

بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم) لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به فى البدن . إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمى ، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة . ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان ،

فى كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به فى البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمى ، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة) يعنى أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس ، والنص ورد فى كل البدن وأكثر البدن كل حكما وإن لم يكن كلا حقيقة ، فألحق أكثر البدن بالبدن فى وجوب القسامة والدية تعظيما لأمر الدم وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية . كذا فى غاية البيان . أقول : فى هذا التعليل شيء ، وهو أنه قد ذكر فى وضع المسئلة أنه لو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية . والتعليل المذكور إنما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما إذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن فى هاتيك المحلة لا فيما إذا وجد النصف ومعه الرأس فيها ؛ فإن الموجود فيها فى هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره ، فلم يكن ماورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب ، اللهم إلا أن يقال : النصف إذا كان معه الرأس يصير فى حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به ، فيصير قول المصنف : إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمى شاملا لما هو الأكثر حقيقة أو حكما فيتم التقريب بهذا التأويل . ثم بقى شيء آخر . وهو أن قول المصنف بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة قاصر عن إفادة تمام المقصود ، إذ قد ذكر من قبل أنه إن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم . ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل الخ لا يشمل ماوجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب . فالأولى أن يقال : بخلاف الأقل والنصف الذى ليس معه الرأس الخ ، وكأن صاحب الغاية ذاق هذه البشاعة حيث قال فى شرحه بدل قول المصنف بخلاف الأقل الخ وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ . وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمى حيث قال فيه بحث . لأن هذا قياس انتهى . أقول : ليس ذلك بوارد ، فإن هذا الذى ذكره المصنف ليس بقياس بل هو إلحاق بدلالة النص كما يرشد إليه قوله ولا ملحق به فى قوله بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به ، والذى لا يجوز فى هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى (قوله ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعنى لو وجبت بالأقل لوجبت بالأكثر أيضا إذا وجد ، وكذلك لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر أيضا إذا وجد ، فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان فى مقابلة نفس واحدة ، وذلك لا يجوز إذ لم تشرعا مكررتين قط . قال فى غاية البيان : كان ينبغى أن يقول : يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لأنه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك ، وقصد

صعد من جوفه إلى فيه ، وأما إذا نزل من رأسه إلى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ، ذكره فخر الإسلام فى شرح الزيادات وكلامه ظاهر . وقوله (ولأنا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان) وفى بعض النسخ يتكرر ذلك ، لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا وجد ، وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ، وذلك لا يجوز . فإن قيل : ينبغى أن تجب القسامة إذا وجد الرأس لأنه يعبر به عن جميع البدن . أجيب بأن ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ، ولأنه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الأولى فلزم التكرار . وقيل كان ينبغى أن يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا . وعبارة التثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين

(قال المصنف : إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمى) أقول : فيه بحث ، لأن هذا قياس .

والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لاتجب فيه ، وإن كان بحال لو وجد الباقى لاتجرى فيه القسامة تجب ، والمعنى ما أشرنا إليه ، وصلاة الجنازة فى هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لاتتكرر (ولو وجد فيهم جنين أوسقط ليس به أثر الضرب فلا شىء على أهل المحلة) لأنه لايفرق الكبير حالا (وإن كان به أثر الضرب وهو تامّ الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا (وإن كان ناقص الخلق فلا شىء عليهم) لأنه ينفصل ميتا لاحيا .

صاحب العناية توجيه عبارة المصنف حيث قال بعد نقل مافى غاية البيان : ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران فى خمسين نفسا انتهى . أقول : ليس هذا بشىء لأن القسامة فى الشرع اسم لمجموع أيمان يقسم بها خمسون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم إنسان فكيف يتصور أن يتحققا فى كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما فى خمسين نفسا ، وإنما الموجود فى آحاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لأنفسهما ، والكلام فى إسناد التكرّر إلى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه (قوله والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لاتجب الخ) أقول : فيه نظر ، لأنه إذا كان الباقى نصف القتيل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لاتجرى فيه القسامة ، إذ قد صرح فيما قبل بأنه إن وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شىء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ فى الموجود الأول أيضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وإن كان بحال لو وجد الباقى لاتجرى فيه القسامة تجب كما لايخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شىء على أهل المحلة) أقول : فى تحرير هذه المسئلة بهذا الأداء فتور من وجوه : الأول أن الجنين على ماصرح به فى عامة كتب اللغة الولد مادام فى البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو فى بطن أمه ؟ أما وجوده مع أمه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للأم دون الجنين . والثانى أن ذكر الجنين يغنى عن ذكر السقط ، لأن السقط على ماصرح به فى كتب اللغه الولد الذى سقط قبل تمامه ، والجنين يعم تام الخلق وغير تامه . والثالث أن قوله ليس به أثر الضرب غير كاف فى جواب المسئلة ، إذ لابد فيه من أن لايكون به أثر الجراحة والخنق أيضا كما تقرر فيما سبق . فالاقتصار هنا على نفى أثر الضرب تقصير ، والأظهر أن يقال : ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شىء عليهم تدبر (قوله وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم ، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فإن قيل : الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا فى عين الصبىّ ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها . أجيب بأنه إنما لم يجب فى الأطراف قبل أن يعلم صحتها مايجب فى السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية ، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه ، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه

والديتين ، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران فى خمسين نفسا . وقوله (والمعنى ما أشرنا إليه) يريد به التكرار المذكور وعدمه . وقوله (لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) اعترض عليه بأن الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا فى عين الصبىّ وذكره ولسانه : إذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها . وأجيب عنه بأنه إنما لم تجب فى الأطراف قبل أن تعلم صحتها مايجب فى السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية ، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه . فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس ، لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذ الظاهر

(قوله ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين ، يتكرران فى خمسين نفسا) أقول : جزء الدية لايسمى دية حتى يقال يتكرر فى خمسين نفسا فتأمل (قوله واعترض عليه بأن الظاهر ، إلى قوله : وأجيب عنه بأنه الخ) أقول : الاعتراض والجواب للإتقانى .

قال (وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لأنه فى يده فصار كما إذا كان فى داره ، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها (فإن اجتمعوا فعليهم) لأن القتيل فى أيديهم فصار كما إذا وجد فى دارهم . قال (وإن مرّت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما) لما روى «أن النبىّ عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع» . وعن عمر رضى الله عنه أنه لما كتب إليه فى القتيل الذى وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين ، فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة . قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا . قال (وإذا وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة عليه) لأن الدار فى يده (والدية على عاقلته) لأن نصرته منهم وقوّته بهم .

القسامة والدية تعظيما للنفوس ، لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر ، إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا ، وأما إذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شىء لأن حاله لاتفوق حال الكبير ، وإذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لايجب فيه شىء فكذا هذا ، كذا قال جمهور الشراح . وردّ صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب : وهذا كما

من حال تام الخلق أن ينفصل حيا ، وأما إذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شىء لأن حاله لايفوق حال الكبير ، فإذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لايجب فيه شىء فكذا هذا ، وهذا كما ترى مع تطويله لم يردّ السؤال ، وربما قواه لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الأموال وما يسلك به مسلكها فلأن لايكون فيما هو أعظم خطرا أولى . والصواب أن يقال : الظاهر هاهنا أيضا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته . وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أسجع كسجع الكهان : قوموا فدوه» قال (وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل الخ) إذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن ، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها لأنه فى يده فصار كما إذا كان فى داره : فإن اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لأن القتيل فى أيديهم فصار كما إذا وجد فى دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا وجد القتيل فى الدار فإن الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا أو لم يكونوا وهناك على المالك لاعلى السكان . وأجيب أوّلا بأنا لانسلم أن الدية لاتجب على مالك الدابة بل تجب عليه ، والمذكور فى الكتاب فيما إذا لم يكن للدابة مالك معروف وإنما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الراكب ، وأما إذا كان لها مالك معروف فإنها تجب عليه . وثانيا وهو المفهوم من إطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذى فى يده الدابة ، والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن ، والفرق أن العبرة فى هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير : وذلك فى الدار للمالك لأن يده لاتنقطع عنها بالإجارة ، وأما فى الدابة فالتصرف والرأى والتدبير إلى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالإجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذى فى يده الدابة . وقوله (وادعة وأرحب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر .

(قوله وأما إذا انفصل ميتا) أقول : الظاهر إذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه) أقول : بل يرده ، فإن حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لأمر النفوس ، ومنع كلية القضية القائلة أن لايكون حجة للاستحقاق . ويقوى هذا المنع ما سبق من المصنف فى الدرس الأمس ، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا فليتأمل (قوله فلأن لايكون فيما هو أعظم خطرا أولى) أقول : الاستحقاق هنا للمال أيضا لاغير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك) أقول : ذلك فى الغرة ، والقسامة والدية ليستا فى معناها (قوله فالتصرف والرأى والتدبير إلى من بيده الدابة) أقول : ما الجواب إذا كان المالك مع الراكب يسوق الدابة أو يقودها ، أو يكون الراكب هو المالك والآخر يقود أو يسوق ، فإن إطلاق الكتاب يشمل هذه الصور . قال الإتقانى : فيما سيجىء من مسئلة السفينة : لو كان صاحب السفينة معهم ينبغى أن تجب عليه كما فى الدار ، فينبغى أن يكون هنا كذلك .

قال (ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا (لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى) ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكانا بخيبر . ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم . وأما أهل خيبر فالنبىّ عليه الصلاة والسلام أقرّهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج . قال (وهى على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا ، والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه . ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ، ولأنه أصيل والمشترى دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل . وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة . قال (وإن بقى واحد منهم فكذلك) يعنى من أهل الخطة لما بينا (وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين) لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم

ترى مع تطويله لم يردّ السؤال وربما قوّاه ، لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الأموال وما يسلك بها مسلكها فلأن لايكون فيما هو أعظم خطرا أولى انتهى . أقول : ليس الأمر كما زعمه . فإن حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق فى باب القسامة فإنه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لأمر النفوس وصيانة لها عن الإهدار . وعن هذا قالوا : يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم ، فقوله لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق فى الأموال وما يسلك بها مسلكها فلأن لايكون فيما هو أعظم خطرا أولى ممنوع ، فإن ما لزم من عدم كون الظاهر حجة فى الأموال وما يسلك به مسلكها إهدار أمر حقير ، وما لزم من عدم كونه حجة فى النفوس إهدار أمر خطير . ولا شك ان إهدار الحقير أهون وأولى من إهدار الخطير . ثم قال صاحب العناية : والصواب أن يقال : الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته . وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أسجع كسجع الكهان ، قوموا فدوه » انتهى . أقول يرد عليه أن حديث حمل بن مالك ورد فى جنين انفصل ميتا ، وموجبه الغرة وهى نصف عشر الدية ، وإنما سماها رسول الله

وقوله (ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك) يشير إلى اختلاط السكان بالملاك . وقوله (وهو قول محمد) يشير إلى أن محمدا ليس فى هذا القول بأصيل ، فإنه ذكر فى الأسرار بعد ماذكر الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال : وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعنى آخرا وكان قوله أوّلا كقولهما وما بعده ظاهر . وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشترين) الخطة : المكان المختط لبناء دار أوغيرها من العمارات ، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين فإنه يختط خطة لتتميز أنصباؤهم ، والضمير راجع إلى المذكور وهو وجوب القسامة والدية : أى القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم . وقوله (وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعنى من أصحاب الخطة فى كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك ، ويجوز أن يكون فيه تلويح إلى الجواب عما يقال : ما الفرق بين المحلة والدار ، فإنه لو وجد قتيل فى دار بين مشتر وذى خطة فإنهما متساويان فى قسامة والدية بالإجماع ، وفى المحلة فرقا فأوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته . ووجه ذلك أن فى العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة فى التدبير والقيام بحفظ المحلة ، وليس فى حق الدار كذلك فإن فى عمارة ما استرمّ من الدار وإجارتها وإعارتها هما متساويان فكذلك فى القيام بحفظ الدار . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله إن صاحب الخطة هو المختص . وقوله (ولأنه أصيل) والمشترى دخيل . وقوله (لأن الولاية انتقلت إليهم) يعنى على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أو خلصت لهم على قول أبى يوسف .

لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم (وإذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة إن كانوا حضورا ، وإن كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لاقسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لايشاركهم فيها عواقلهم . ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة قال (وإن وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر مابقى فهو على رءوس الرجال لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرءوس بمنزلة الشفعة . قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وإن كان فى البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده) وهذا عند أبى حنيفة وقالا : إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى

صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدو لكونها بدل النفس كما تقرر فى باب الجنين ، والكلام هنا فى جنين انفصل حيا بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر فى الكتاب ، فأين هذا من ذلك . وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك فى باب الجنين على التفصيل حيث قال : وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين . قال «كنت بين جاريتين لى فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقيت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة : دوه . فقال أخوها : أندى من لاصاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : أسجع كسجع الكهان » وفى رواية « دعنى وأراجيز العرب . قوموا فدوه » الحديث انتهى فكأنه نسى ما قدمت يداه (قوله وإذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه . وتدخل العاقلة فى القسامة إذا كانوا حضورا . وإن كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام : يعنى إذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات . وفى القسامة روايتان : فى إحداهما تجب على صاحب الدار وفى الأخرى على عاقلته ، وبهذا يندفع مايرى من التدافع

وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع إلى قوله انتقلت إليهم . وقوله (أو يزاحمهم) يرجع إلى قوله أو خلصت لهم . وقوله (وإذا وجد القتيل فى دار) يعنى إذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات . وفى القسامة روايتان : فى إحداهما تجب على صاحب الدار وفى الأخرى على عاقلته ، وبهذا يندفع مايرى من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة عليه ، وبين قوله هاهنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذاك على رواية وهذا على أخرى . وحكى عن الكرخى رحمه الله أنه كان يوفق بينهما ويقول : الرواية التى توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيبا . والرواية التى توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضورا ، كذا فى الذخيرة . والمذكور فى الكتاب يدل على أنها عليهما جميعا إذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابى وما بعده ظاهر . قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لأنه ضمان ترك الحفظ . ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله : ولاية الحفظ باليد والملك سببها . وقالا : ولاية الحفظ تستفاد بالملك . فإذا وجدا فى واحد ارتفع الخلاف . وإن كان لأحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده أولى لأن القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا إذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فإما أن يكون البيع باتا أو فيه الخيار . فإن كان الأول فهو : أى المذكور وهو الدية على عاقلة البائع . وإن كان الثانى فهو على عاقلة من هى فى يده عند أبى حنيفة رحمه الله . وعندهما إن كان الأول فعلى عاقلة المشترى . وإن كان الثانى فعلى الذى

(قوله وفى الأخرى على عاقلته) أقول : الأظهر أن يقول : وفى الأخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تفريع اندفاع التدافع عليه (قوله وإن كان الثانى فهو على عاقلة من هى فى يده) أقول : لاأدرى مافائدة هذا التفصيل والإبهام ، فإن اليد للبائع ، إذ الفرض انتفاء قبض المشترى

وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له ، لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ ، والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع ، والملك للمشترى قبل القبض فى البيع الباتّ ، وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر . وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد ، وفى الباتّ اليد للبائع قبل القبض ، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض لأنه دون الباتّ ، ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ، ولو كان الخيار للبائع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ .

بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل فى دار إنسان فالقسامة عليه ، وبين قوله هنا فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه يحمل ذاك على رواية وهذا على أخرى انتهى . أقول : فيه بحث ؛ أما أولا فلأن قول المصنف فيما قبل وإن وجد القتل فى دار إنسان فالقسامة عليه وإن جاز أن يحمل على إحدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية إلا أن قوله هاهنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لايجوز أن يحمل على الأخرى منهما ، فإن القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار و على عاقلته جميعا ، وفيما ذكره المصنف هاهنا على ربّ الدار وعلى قومه جميعا فتغايرا . وأما ثانيا فلأن قول المصنف فتدخل العاقلة فى القسامة إن كانوا حضورا ؛ وإن كانوا غيبا فالقسامة على ربّ الدار يكرّر عليه الأيمان صريح فى التوفيق بين المسئلة التى ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل ، حيث كان وجوب القسامة على ربّ الدار وعلى قومه فيما إذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما إذا كانوا غيبا ؛ والمصير إلى الحمل على الروايتين إنما يكون فيما لايمكن التوفيق ، وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرحا لمراده (قوله لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول : هذا التعليل على قول أبى يوسف مشكل ؛ لأنه إن أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره ، وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون فى القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ، وإن لم يرد بذلك معنى الحصر لايتم التقريب فى إثبات مدعاهما فى هذه المسئلة كما لايخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول : هذا التنوير غير واضح ؛ لأنه إن أراد باليد اليد مطلقا : أى سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس بصحيح ، إذ لا يجب شىء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به قاطبة ، فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لما صح ذلك ، وإن أراد بها يد الأصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لايسلم أنه يقتدر على الحفظ بيد الأصالة فقط بدون الملك ، ولا أنه لايقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد ، بل يقول : ولاية الحفظ إنما تستفاد بالملك دون اليد كما فى مسئلتنا المتنازع فيها . وبالجملة ما ذكر فى هذا التنوير ليس بأجلى من

تصير له ودليلهما واضح . وقوله (ولهذا) أى ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) فى هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وإن كان له يد . وكذا دليل أبى حنيفة واضح ، ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لأنه قد اندرج فى دليله . وذلك لأنه قال (إن القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل فى اليد ما كان أصالة ويد المودع ليست كذلك ، وكذلك المستعير والمستأجر . قيل ما الفرق لأبى حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فإنه يعتبر البتة الملك فى الثانية دون الأولى . والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك ، والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ ، والحفظ إنما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل .

فى الصورتين الضمان على عاقلة البائع ، وهذه الركاكة مخصوصة بتقريره ، وسياق المصنف سالم عن أمثالها .

قال (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يده) لأنه لابد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفى لإيجاب الدية على العاقلة كما لاتكفى لاستحقاق الشفعة به فى الدار المشفوعة فلابد من إقامة البينة . قال (وإن وجد قتيل فى سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لأنها فى أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان ، وكذا على من يمدها والمالك فى ذلك وغير المالك سواء . وكذا العجلة ، وهذا على ما روى عن أبى يوسف ظاهر . والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة ، بخلاف المحلة والدار لأنها لاتنقل . قال (وإن وجد فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لأن التدبير فيه إليهم (وإن وجد فى المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لأنه للعامة لايختص به واحد منهم ، وكذلك

أصل المسئلة (قوله ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود أنها للذى فى يده) قال صاحب العناية : ولا يختلجن فى وهمك صورة تناقض فى عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد . لأن اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالأصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى . أقول : لقائل أن يقول : هب أن اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالأصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لأنه لابد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه . وهلا يناقض هذا مامر من أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد دون الملك كما فى المسئلة المتقدمة آنفا . فإن الملك هناك للمشترى مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله . وقال صاحب الغاية هنا : ولا يلزم أبا حنيفة أنه يعتبر اليد فى استحقاق الدية حتى قال فى الدار المبيعة فى يد البائع يوجد فيها قتيل أن الدية تجب على عاقلة البائع لأنه يعتبر يد الملك لامجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك إلا بالبينة انتهى . وذكر فى معراج الدراية ما يوافقه حيث قال : وفى جامع الكرابيسى اعتبر أبوحنيفة يد الملك لا مجرد اليد فى المسئلة المتقدمة ، وهنا لايثبت ذلك إلا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى . أقول : هذا التوجيه مشكل ، لأن الملك فى المسئلة المتقدمة كان للمشترى لا محالة ، وعن هذا نشأ النزاع بين أبى حنيفة وصاحبيه فى تلك المسئلة ، إذ لو كان الملك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحجة من الجانبين على مامر بيانه ، فإذا كان الملك هناك للمشترى فكيف يتحقق للبائع إذ ذاك يد الملك ، إذ ثبوت يد الملك له يقتضى ثبوت نفس الملك أيضا فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة فى حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشترى وهو محال ، وإن أريد بيد الملك غير معناه الظاهر : أى اليد التى كان لصاحبها ملك فى الأصل ، وإن زال ذلك الملك فى الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل فى ترتب الحكم الشرعى عليه فى الحال ،

وقوله (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة) يعنى إذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد ، وقالوا : إنها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يده) ولا يختلجن فى وهمك صورة تناقض فى عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد ، لأن اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالأصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك ، والباقى واضح . وقوله (واللفظ) أى لفظ القدورى وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها : أى ملاكها وغير ملاكها . وقوله (وهذا) أى كون الملاك وغيرهم سواء فى القسامة (على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل فى القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ماذكره فى الكتاب وهو ظاهر . قال (وإن وجد فى مسجد محلة) كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها .

(قال المصنف : لأنه لابد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول : يناقض ما تقدم ، فإن البائع إذا لم يقبض المشترى الدار صاحب يد بلا ملك ، مع أنه تعقل عواقله ، وكذا فى بعض صور البيع المنجز .

الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين (ولو وجد فى السوق إن كان مملوكا)فعند أبى يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك . وإن لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال) لأنه لجماعة المسلمين (ولو وجد فى السجن فالدية على بيت المال . وعلى قول أبى يوسف الدية والقسامة على أهل السجن) لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم ، والظاهر أن القتل حصل منهم . وهما يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم مايجب لأجل النصرة . ولأنه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين . فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم . قالوا : وهذه فريعة المالك والساكن وهى مختلف فيها بين أبى حنيفة وأبى يوسف . قال (وإن وجد فى برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ماذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لايلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير . وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد . أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وإن وجد فى وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) لأنه ليس فى يد أحد ولا فى ملكه (وإن كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذى تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط فى يد من هو أقرب منه ؛ ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها . بخلاف النهر الذى يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم . قال (وإن ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم)وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان . قال (وإن ادّعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل.ووجه الفرق هوأن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينهواحدا منهم لاينافى ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ماإذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل

وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لإمامنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وإن ادّعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية : يريد به قوله هذا الذى ذكرنا إذا ادّعى الولى القتل على جميع أهل المحلة انتهى . واقتفى أثره العينى . أقول : الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسئلة التى ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لايخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أن وجوب

قوله (فعند أبى يوسف تجب على السكان) أى سواء كان السكان ملاكا أو غير ملاك . وقوله (كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال) قال فى النهاية : وإنما أراد به أن يكون نائيا عن المحال : أما الأسواق التى تكون فى المحال فهى محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة ، وكذا فى السوق النائى إذا كان من يسكنها فى الليالى أو كان لأحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير . وقوله (وقد بيناه) يعنى فى مسئلة : وإن مرّت دابة بين قريتين وعليها قتيل . وقوله (وإن وجد فى وسط الفرات) يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك ، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط . قالوا : هذا إذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الحرب ، لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك ، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الإسلام فتجب الدية فى بيت المال لأن موضع انبعاث الماء فى يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية فى بيت المال . وقوله (على التفسير الذى تقدم) أراد به قوله قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت . وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعنى والدية على عواقلهم . وقوله (وقد ذكرناه) يعنى المذكور فى بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الخ . وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذى ذكرنا إذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة .

ليس منهم ، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لايقومون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولى ، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه .قال (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة) لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم (إلا أن يدعى الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شىء) لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة . قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لأن بمجرد الدعوى لايثبت الحق للحديث الذى رويناه ، أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه

القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم ، لكن لانسلم أن تعيينه واحدا منهم لاينافى ابتداء الأمر حينئذ ، فإن ابتداء الأمر إذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه ، وبتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وإن كان منهم ، ولا ريب أن تعين خصوص القاتل ينافى عدم تعينه ، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعين خصوصه فهو ممنوع كما لايخفى ، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع ، إذ لايظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا ؛ ألا يرى أنه إذا أقرّ واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لايجب شىء على غيره أصلا . فإن قيل : يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد : وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم . قلنا : ذلك إنما يظهر إذا علموا قتل ذلك الظالم فتركوا النصرة . وأما إذا لم يعلموا ذلك بأن كان قتله خفية فلا . ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم فى حفظ المحلة يشكل بما إذا أقرّ واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة ، فإنه لايجب على غيره شىء هنالك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتأمل فى التوجيه . وذكر فى الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبى حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة ، لأن دعوى الولى على واحد منهم بعينه تكون إبراء لأهل المحلة عن القسامة ، فإن القسامة فى قتيل لايعرف قاتله ، فإذا زعم الولىّ أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى . قلت : هذه الرواية أظهر عندى دراية ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولأن أهل المحلة لايغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولى فإذا ادّعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول : يشكل هذا التعليل بما إذا ادعى الولىّ على واحد من أهل المحلة بعينه فإنهم إذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولىّ فإذا ادّعى الولىّ على واحد منهم بعينه دون غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولى عليهم فتفكر فى الفرق ، ولعله لايتيسر بدون التعسف . قال العينى : واعلم أن قوله وجه الفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد فى كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى . قلت : وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا فى الموضعين (قوله وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم : أى بينهم . والظهر والأظهر يجيئان مقحمين كما فى قوله عليه الصلاة والسلام « لاصدقة إلا عن ظهر غنى » أى صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما فى ظهر القلب وظهر الغيب ، وكذا فى الأظهر . يقال : أقام بين أظهرهم : أى بينهم ،

وقوله (فأجلوا عن قتيل) أى انكشفوا عنه وانفرجوا ، وقوله (لأن القتيل بين أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم يعنى بينهم والظهر والأظهر يجيئان مقحمين كما فى قوله صلى الله عليه وسلم « لاصدقة إلا عن ظهر غنى » أى صادرة عن غنى . فإن قيل : الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه . أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم . وقوله (لأن بمجرد الدعوى لايثبت الحق) أى الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه للحديث الذى رويناه : أى فى أوائل باب القسامة ،

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق) أقول : مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية

(ولو وجد قتيل فى معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لاملك لأحد فيها ، فإن وجد فى خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة ، وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية) اعتبارا لليد عند انعدام الملك (وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدرا ، وإن لم يلقوا عدوّا فعلى ما بيناه (وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبى حنيفة) خلافا لأبى يوسف وقد ذكرناه . قال (وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ماقتلت ولا عرفت له قاتلا

كذا فى الشروح . فإن قيل : الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه . قلنا : قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم ، كذا فى النهاية والعناية . أقول : يرد على هذا الجواب أن يقال : ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة ، مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق . فالأظهر فى الجواب أن يقال : الظاهر لايكون حجة للاستحقاق فبقى حال القتل مشكلا ، فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال ، فكان العمل بما ورد فيه النص ، وسيأتى مثل هذا عن قريب (قوله وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا)

وأوله قوله صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادّعى قوم دماءقوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . لايقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق . وقوله (وإن وجد فى خباء أو فسطاط) الخباء : الخيمة من الصوف ، والفسطاط : الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء . وقوله (فعلى أقرب الأخبية) قيل هذا إذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين ، أما إذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم . وقوله (وإن كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا : أى مقاتلين ، ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لأن لقوا فى معنى المقاتلة ، وأن يكون مفعولا له : أى للقتال . وقوله (لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدرا) يحوج إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية فى محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفا . وقالوا فى ذلك : إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين فى مكان فى دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لأمر المسلمين على الصلاح فى أنهم لايتركون الكافرين فى مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين . وأما فى المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذى لم يكن كذلك . وقوله (وإن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) إشارة إلى قوله ولو وجد قتيل فى معسكر أقاموا الخ . وقوله (وقد ذكرناه) إشارة إلى ماذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك فى القسامة عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول محمد . وقال أبو يوسف : هو عليهم جميعا . وقوله (وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله)

(قال المصنف : وإن كان القوم لقوا قتالا) أقول : قال صاحب النهاية : انتصاب قتالا يحتمل أن يكون على الحال : أى المقاتلين ، وأن يكون على المفعول به كما فى قوله بعده وإن لم يلقوا عدوا ، وأن يكون على المفعول له : أى للقتال انتهى . والمفعول به محذوف : أى لقوا العدو (قوله وقوله لأن الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول : الفرق ظاهر ، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة ، وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص (قوله وأما فى المسلمين من الطرفين ، إلى قوله : فبقى حال القتل مشكلا)أقول : وذلك أن تقول : العداوة ترفع الإشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ، ولو صح ما ذكره لكان الأمر كذلك إذا كانت إحدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف : وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان) أقول : قال الزيلعى : وإن كان للأرض مالك يجب على المالك بالإجماع لأنهم سكان فلا يزاحمون المالك فى القسامة والدية ، وهذا عندهما ظاهر ، والفرق لأبى يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لاللقرار فلا يعتبر إلا للضرورة ، بخلاف الدار والمحلة فإنهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى . ولا يخفى عليك مخالفته لما نص عليه المصنف من خلاف أبى يوسف

غير فلان) لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا ، لأنه لما أقرّ بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه . قال (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة . وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصى إذا خرج من الوصاية بعد ماقبلها ثم شهد . قال رضى الله عنه : وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس . قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لأن الخصومة قائمة مع الكل على مابيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما . وعن أبى يوسف أن الشهود

قال فى العناية : قوله لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدرا يحوج إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية فى محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفا . وقالوا فى الفرق : إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين فى مكان فى دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لأمر المسلمين على الصلاح فى أنهم لايتركون الكافرين فى مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين . وأما فى المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال ، وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذى لم يكن كذلك انتهى . وقال بعض الفضلاء طعنا فى المصير إلى الفرق المذكور : الفرق ظاهر ، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة . وثمة لوكان حجة لكان

يعنى لانسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان . غاية ما فى الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان ، وهذا لاينافى أن يكون المقرّ شريكه فى القتل وأن يكون غيره شريكا معه . وإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان . قال (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة الخ) إذا ادعى الولى على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله : لم تقبل شهادتهما . وقالا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم ، كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة . ولأبى حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم . وإن خرجوا من جملة الخصوم فلاتقبل شهادتهم ، كالوصىّ إذا خرج من الوصاية بعد ماقبلها إما ببلوغ الغلام أو بعزل القاضى . وقوله (وعلى هذين الأصلين) يعنى الأصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما فى حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته فى تلك الحادثة بالإجماع ، كالوكيل إذا خاصم ثم عزل . والثانى إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالإجماع . وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الأصل الأول لأنهم صاروا خصماء فى هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم فإنه السبب الموجب للقسامة والدية. قال عمر : وأنا أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم ، وبدعوى الولى القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الأصل الثانى لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولى القتل عليهم ، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم . وقوله (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) . أما على الأصل الأول فمسئلة الوكيل إذا خاصم فى مجلس الحكم ثم عزل كما مرّ والوصى فى حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر . وأما على الأصل الثانى فمسئلة الشفيعين إذا شهدا على المشترى بالشراء وهما لايطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لأنهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها . وقوله (ولو ادّعى) ظاهر . وقوله (على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر من مسئلة وإن ادعى الولى على واحد من أهل المحلة

(قال المصنف : لأنه لما أقر بالقتل على واحد) أقول : إقرار القتل هنا على التجوز كما لايخفى .

يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل .قال (ومن جرح فى قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : لا قسامة ولا دية) لأن الذى حصل فى القبيلة والمحلة مادون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش . وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص . فإن كان صاحب فراش أضيف إليه ، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذى حمله إلى أهله فى قول أبى يوسف وفى قياس قول أبى حنيفة يضمن) لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده فيها ، وقد ذكرنا وجهى القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة (ولو وجد رجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لاشىء فيه) لأن الدار فى يده حين وجد الجريح

حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص انتهى . أقول : ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا ، إذ لانسلم أن الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق ، بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة ، ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية فى ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرا فلا بد فى تمام الفرق بين المسئلتين من المصير إلى ماذكره المشايخ من البيان ، ونقله صاحب العناية كما تحققته (قوله ولو وجد رجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة) قال صاحب العناية : اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة ، ثم قال فى دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم ، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول . ودفع ذلك بأن يقال : عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم ، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافى بينهم ، وإن كان الثانى كان الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكنا أشار إلى الأول فى حكم المسئلة وإلى

فى بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لاينافى ابتداء الأمر . وقوله (ومن جرح فى قبيلة) يعنى ولم يعلم الجارح ، لأنه لو علم سقط القسامة ، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمدا والدية على العاقلة إذا كان خطأ ، فإذا لم يعلم الجارح فإما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحا حينئذ بحيث يجىء ويذهب . فإن كان الثانى فلا ضمان فيه بالاتفاق ، وإن كان الأول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعند أبى يوسف لا شىء عليه وهو مذهب ابن أبى ليلى . ووجه قول أبى يوسف ظاهر ، ووجه قول أبى حنيفة أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص . واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لايفترق فى حق القصاص ، فإنه إذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص . وأجيب بأن القسامة والدية ، ردتا فى قتيل فى محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الإمكان ، والمجروح فى محلة لم يعلم جارحه إذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لأنه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت فى التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة . وأما إذا كان صحيحا يذهب ويجىء فهو فى حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح ، فكذلك فى الدية والقسامة . وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح فى قبيلة فنقل إلى أهله ولهذا قال فى آخره : وقد ذكرنا وجهى القولين فيما قبله فى مسئلة القبيلة . وقوله (ولو وجد رجل قتيلا فى دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال : فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة رحمه الله . ثم قال فى دليله : وحال

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته) أقول : أى على عاقلة ورثته على تقدير المضاف ، وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتيل ، حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف فى تقرير الدليل .

فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا . وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ، ولهذا لايدخل فى الدية من مات قبل ذلك ، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم ، بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا

الثانى فى دليلها . وعلى التقدير الثانى يقدر فى قوله فالدية على عاقلته مضاف : أى على عاقلة ورثته ، إلى هنا كلامه . أقول : ماذكره فى الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثانى يقدر فى قوله فالدية على عاقلته مضاف : أى على عاقلة ورثته ؛ فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبى حنيفة يعم الصورتين قطعا : أى صورة إن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة . وصورة إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة ، فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها ؟ ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لايمكن اجتماعهما فى محل واحد حتى يقدر المضاف فى قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثانى ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثانى يقدر فى قوله فالدية على عاقلته مضاف : أى على عاقلة ورثته ، فالوجه فى الدفع أن يقال : المضاف مقدر البتة فى قوله فالدية على عاقلته : أى على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول الصورتين معا . أما تناوله الصورة الثانية وهى إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر . وأما تناوله الصورة الأولى وهى إن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلأن عاقلته وعاقلتهم إذا اتحدتا يصح نسبتهم إلى الورثة كما يصح نسبتهم إلى الميت ، بل تكون نسبتهم إلى الورثة أولى هاهنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف فى الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت . وقال صاحب النهاية فى شرح قول المصنف فديته على عاقلته لورثته : أى على عاقلة ورثته لورثته لأنه لما وجد قتيلا فى الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم ، وإنما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر ، وهو أن عاقلة الوارث والمورّث متحدة ، وإن كان فى موضع تختلف العاقلة ينبغى على قياس هذه الطريقة وهى أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهى الأصح ، وعلى قياس طريقة أن غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل . كذا فى المبسوط انتهى . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية ، إلا أن فى تقريره أيضا شيئا من الركاكة ، فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد (قوله وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لايدخل فى الدية من مات قبل ذلك ، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم .

ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم ،وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم ،فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافى بينهم ، وإن كان الثانى كانت الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكنا أشار إلى الأول فى حكم المسئلة وإلى الثانى فى دليلها. وعلى التقدير الثانى يقدر فى قوله فالدية على عاقلته مضاف : أى على عاقلة ورثته ، وما ذكر فى الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر . واعترض على وجه أبى حنيفة رحمه الله بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم . وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه ، وهو نظير الصبى والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له . ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك فى ذكره الدية فى الحكم والقسامة . فى دليل أبى حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ ، فإن القسامة لم تذكر فى الأصل . واختلف المشايخ فى وجوبها على العاقلة على قول أبى حنيفة ، فمنهم من قال : لا تجب لأنها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس هاهنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ، ومنهم من قال : تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه فى داره فيكون ثمة من يعلم بحاله . واختاره المصنف واكتفى بذكرها فى الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية ، وما ألطفه مخبرا بل الله ثراه . ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب إذا وجد قتيلا فى داره كالنقض على ما ذكر أشار إلى الجواب بقوله

فى دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه (ولو أن رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا ، قال أبو يوسف : يضمن الآخر الدية ، وقال محمد : لايضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم . ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبى يوسف أن الظاهر أن الإنسان لايقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما إذا وجد قتيل فى محلة (ولو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان ، والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها فى النسب . وقال أبو يوسف : على العاقلة أيضا (لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي . ولهما أن القسامة لنفى التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة . قال المتأخرون : إن المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة لأنا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا فى أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها ، قال : هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية .

وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبيّ والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا فى العناية وعليه أكثر الشراح . أقول : يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافى ماذكر فى وضع جواب المسئلة ، فإن المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ، ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون ديته له لا لورثته . ويمكن دفعه بأن المراد بالمذكور فى وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته فى ثانى الحال : أى تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ، ومثل هذا التسامح فى العبارة ليس بعزيز فى كلمات الثقات . ثم أقول : بقى هنا إشكال قويّ ، وهو أنه قد مرّ أن دعوى ولى القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولىّ القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم ، فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القتل ، ولا يخفى مافيه . ويمكن دفعه أيضا بتمحل فليتأمل . وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال : قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة ، فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى . أقول : ليس هذا بشيء . أما أولا فلأن الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر فى أول الديات ، وبعض ذلك لايسمى دية كما صرحوا به ، فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته ،

لأن حال ظهوره الخ : يعنى إنما صار دم المكاتب هدرا لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لاتنفسخ إذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه ، وإذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيل نفسه ، ومن قتل نفسه كان دمه هدرا ، بخلاف الحرّ فإنه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك ، وإنما انتقل إلى ورثته فكان كقتيل وجد فى دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية . وقوله (ولو أن رجلين كانا فى بيت) ظاهر . وقوله (كما إذا وجد قتيل فى محلة) يعنى أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك هاهنا . وقوله (قال المتأخرون) أى من مشايخنا رحمهم الله (إن المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسئلة) يشير إلى أنها لاتدخل فى غير هذه الصورة على ما يجيء فى المعاقل إن شاء الله تعالى وإنما دخلت فى هذه الصورة لأنها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت فى القسامة ، فكما دخلت فيها دخلت فى العقل أيضا ، بخلاف غيرها من الصور فإنها لاتدخل فيه فى القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل فى العقل أيضا . وقوله (لأنه أحق بنصرة أرضه) لأن الحفظ والتدبير فى الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول : يخالف لما مر فى بيان قوله ولا قسامة على المرأة ، وأشار الأكمل إلى جوابه فى الدرس الثانى من المعاقل .

(كتاب المعاقل)

المعاقل جمع معقلة ، وهى الدية ، وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك : أى تمسك . قال (والدية فى شبه العمد والخطإ ، وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة ، والعاقلة الذين يعقلون) يعنى يؤدون

لأن دية المقتول مجموع مايجب على العاقلة كلهم لاما يجب على بعض منهم . وأما ثانيا فلأن المحذور المذكور فى الاعتراض المزبور إنما هو أن يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم ، لا أن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال إن من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد . على أن العاقلة إذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب تكون الورثة أيضا ممن وجبت عليهم الدية ، لأن الدية إنما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم . ومن وجبت لهم بالنظر إلى الورثة لامحالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لايخفى .

(كتاب المعاقل)

أقول : هكذا وقع العنوان فى عامة المعتبرات ، لكن كان ينبغى أن يذكر العواقل بدل المعاقل ، لأن المعاقل جمع المعقلة وهى الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات ، وهذا مع كونه مؤديا إلى التكرار ليس بتام فى نفسه ، لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قد مرّ مستوفى فى كتاب الديات ، وإنما المقصود بالبيان هاهنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة ، فالمناسب فى العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة . قال صاحب النهاية : لما كان موجب القتل الخطإ ومافى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها فى هذا الكتاب انتهى . واقتفى أثره صاحب العناية . أقول : ليس ذاك بسديد ، لأن مداره أن يكون المقصود بالذات فى هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها ، وليس كذلك فإن محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل ، وإنما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ، ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغى أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور هنا إذ ذاك شعبة من الديات ، بخلاف العواقل فإنها أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب ، وكأن ذينك الشارحين إنما اغترا بذكر المعاقل فى عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا . والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال : لما بين أحكام القتل الخطإ وتوابعه شرع فى بيان من يجب عليه الدية ، إذ لابد من معرفتها انتهى (قوله والدية فى شبه العمد والخطإ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح : قوله وكل دية مبتدأ

(كتاب المعاقل)

لما كان موجب القتل الخطإ وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بدّ ، فذكرها وأحكامها فى هذا الكتاب . وقال (المعاقل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها . وقوله (وكل دية) مبتدأ . وقوله (على العاقلة) خبره . وقوله (وجبت بنفس القتل) يعنى ابتداء ، فإن مايجب منها بسبب الصلح أو الأبوّة فهى فى مال القاتل لاعلى العاقلة .

(كتاب المعاقل)

أقول : كان الأولى أن يقال : كتاب العواقل ، لأن المعاقل جمع معقلة وهى الدية كما قال هو ، فكأنه قال : كتاب الديات فصار

العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه فى الديات . والأصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث حمل بن مالك رضى الله عنه للأولياء « قوموا فدوه » ولأن النفس محترمة لاوجه إلى الإهدار والخاطئ معذور ، وكذا الذى تولى شبه العمد نظرا إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفى إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف . وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به . قال (والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان وهذا عندنا . وقال الشافعى : الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب . ولنا قضية عمر رضى الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم ، وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع : بالقرابة والحلف والولاء والعد . وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا : لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة ، وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال ، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه فى أصول أموالهم ، والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى عليه الصلاة والسلام

وقوله على العاقلة خبره . أقول : فيه خلل ، إذ لو كان الأمر كما قالوه لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية فى شبه العمد والخطإ كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية مبتدأ ، وقوله فى شبه العمد والخطإ خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة فى شبه العمد والخطإ ، وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية فى شبه العمد والخطأ مستدركا لاطائل تحته هاهنا ، إذ كون الدية واجبة فى شبه العمد والخطإ ، وقد ذكر مفصلا فى أول كتاب الجنايات وكتاب الديات ، وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود هاهنا وهو بيان كون الدية فى شبه العمد والخطإ على العاقلة ، إذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل . والحق الصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله فى شبه العمد والخطأ صفته : أى الدية الكائنة أو الواجبة فى شبه العمد والخطإ ، وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية فى شبه العمد والخطإ ، وقوله على العاقلة خبر المبتدإ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحبا

وقوله (وقد ذكرناه) يعنى الدية بتأويل العقل . وقوله (وكذا الذى تولى شبه العمد) وهو الذى ضربه بالسوط الصغير حتى قتله . وقوله (وفى إيجاب مال عظيم إجحافه) فسر الإجحاف بقوله واستئصاله. وقوله (إنما قصر) يعنى أن القاتل إنما قصر حالة الرمى فى التثبت والتوقف . وقوله (وتلك) أى القوة . وقوله (كتبت أساميهم فى الديوان) الديوان : الجريدة ، من دوّن الكتب إذا جمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة . ويروى أن عمر رضى الله عنه أول من دوّن الدواوين : أى رتب الجرائد للولاة والقضاة ، ويقال فلان من أهل الديوان : أى ممن أثبت اسمه فى الجريدة . وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم مايعطى والجمع أعطية ، والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء ، وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ولا نسخ بعده . وقوله (بالحلف) الحلف بكسر الحاء : العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة. وقوله (والولاء) أى ولاء العتاقة . وقوله (والعدّ) هو من العديد وهو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بنى فلان إذا عد فيهم .

تكرارا ، والعواقل جمع عاقلة ، وهو من يتحمل الدية ، وهذا هو المناسب هنا كما لايخفى (قوله وهو الذى ضربه بالسوط الصغير) أقول : وفيه بحث .

ومحكى عن عمر رضى الله عنه ، ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة (فإن خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها (لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء ، حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لايؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى ، ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة معناه فى المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا ، وإذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منها فى سنة ،

على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود هنا بلاريب (قوله ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف ، والعطاء يخرج فى كل سنة مرة) أقول : فى تمام هذا التعليل كلام ، لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج فى سنة واحدة أو فى سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة ، فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج فى سنة أو سنتين ، فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين . وأيضا يجوز أن لاتكون العطايا الخارجة فى ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة ، فلا بد أن تؤخذ إذ ذاك من العطايا الخارجة فى أكثر من ثلاث سنين ، فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية أيضا كما ترى . نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فإن خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود) أقول : فيه بحث ، وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما ، إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به ، والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلا بثلاث سنين ، فإنه هو المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو المحكى عن عمر رضى الله تعالى عنه كما مر آنفا ، فينبغى أن يختص التأجيل بثلاث سنين ، إذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به ، وسيجىء نظير هذا فى الكتاب فى تعليل أن ما وجب على القاتل فى ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه ؟ (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية : وفى بعض النسخ : ولو خرج للقابل : أى للعام القابل وهو الأصح انتهى . وتبعه الشارح العينى . أقول : كيف يكون ذاك هو الأصح ، وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه فى المستقبل لغوا محضا ، لأن ما يخرج للعام القابل : أى المقبل لايكون إلا فى المستقبل قطعا ، فما معنى تفسير المراد بقوله معناه فى المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج فى العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى إمكان كون الخروج للعام القابل فى الماضى بأن خرج العطاء فى الماضى للعام القابل : أى لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتى أيضا لمصلحة لكنه تعسف لايخفى . نعم فى النسخة الأولى أيضا كلام ، وهو أنه قال فى جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية . ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التى خرجت للعاقلة أجمعهم لامما خرجت للقاتل فقط ، إلا أنه يمكن أن يقدر المضاف فى قوله ولو خرج للقاتل : أى لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لايخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح : قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء .

وقوله (فإن خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث) أى ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية ، وإن خرجت عطاياهم الثلاث فى سنة واحدة أخذ منهم الدية فيها . وقوله (لحصول المقصود) يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية ، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت فى أكثر من ثلاث سنين أو فى أقل منها . وقوله (وتأويله) أى تأويل كلام القدورى رحمه الله ، فإنه أطلق ذكر السنين ، وإنما يؤخذ منهم فى ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين فى المستقبل فلا بد من التأويل . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء. وقوله (وإذا كان جميع الدية) واضح .

(قوله وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء) أقول : ولعل الأظهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصود.

وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان فى سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين فى السنة الثانية . وما زاد على ذلك إلى تمام الدية فى السنة الثالثة . وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين . وقال الشافعى رحمه الله : ما وجب على القاتل فى ماله فهو حال ، لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض . ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعد اه .

أقول : أراهم خرجوا هنا عن سنن الصواب إذ الظاهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لامجال لكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء ، إذ لاتأثير لكون الوجوب بالقضاء فى أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة فى سنة واحدة فى مسئلتنا هذه ، بل إنما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلا عليه إذ ذاك كما لايخفى على ذى مسكة . نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه فى المستقبل لصح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف استطرادا وبالتبع وهو قوله معناه فى المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة ومقصود بالذات هنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لاتقبله الفطرة السليمة ، على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلا بقوله معناه فى المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين) أقول : هذا التحرير مختل ، إذ الظاهر أن خبر « ما » فى قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو فى ماله ، إذ لوكان خبره فى ثلاث سنين لم يكن للفاء فى قوله فهو فى ماله معنى ، بل لم يظهر لضمير هو فى قوله فهو فى ماله ارتباطا بما قبله ، وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بأساليب الكلام والقواعد الأدبية ، فإن كان خبر ما قوله فهو فى ماله لم يصح معنى الكلام فى المقام ، فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب . فالحق فى تحرير المقام أن يقال : وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل فى ماله بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو فى ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس يأباه ، والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعدّاه) قال صاحب العناية فى شرح قوله إن القياس يأباه : أى القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس : يعنى لايقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهى لاتتناقض انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح . أما أوّلا فلأنه لوكان معنى قول المصنف إن القياس يأباه هو أنه لايقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور هاهنا مدّعانا ، فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لايكون حينئذ مخالفا للقياس ، لأن عدم اقتضاء القياس إياه ليس باقتضاء لعدمه ، والمخالفة إنما تتحقق فى الثانى دون الأول ، فإذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بإيجاب المال فى الخطإ مؤجلا أن لايتعدّى غيره . لأن الذى لايتعدى مورده إنما هو مايخالف القياس كما تقرر فى علم الأصول . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بقوله وهى : أى حجج الشرع لاتتناقض أن حججه المعمول بها لاتتناقض فسلم ، لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بإيجاب المال فلا محذور فى اقتضائه عدم إيجاب المال بمقابلة النفس ، وإن أراد به أن حجج الشرع لاتتناقض مطلقا : أى سواء كانت معمولا بها أولا فممنوع ، كيف وقد وضعوا فى كتب الأصول بابا للمعارضة بين الأدلة الشرعية والترجيح ، وبينوا أحكام ذلك على التفصيل . والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد

وقوله (ولنا أن القياس يأباه) أى القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس : يعنى لايقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهى لاتتناقض ، والشرع ورد به : أى بإيجاب المال مؤجلا فى الخطإ فلا يتعداه . فإن قيل : هذا ليس فى معنى الخطإ فلا يلحق به . قلنا : هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء ، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة ، وكون التأجيل للتخفيف حكمة لايترتب الحكم عليها .

(قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لايترتب الحكم عليها) أقول : يعنى لايترتب الحكم على الحكمة .

ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل إذ هو بدل النفس ، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلى المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما فى ولد المغرور . قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لأن نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقل . قال (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لايزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه : كذا ذكره القدورى رحمه الله فى مختصره . وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لايزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح . قال (وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل) معناه : نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب

الفقهية بلا ضرورة أصلا . ثم قال ذاك الشارح : فإن قيل هذا ليس فى معنى الخطإ فلا يلحق به . قلنا : هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء . أقول : إن قيد الابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى ما مرّ منه فى أوّل كتاب المعاقل فإنه لما قال فى الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة ، قال ذلك الشارح وغيره فى شرح قوله وجبت بنفس القتل : يعنى ابتداء ، وقالوا : يحترز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الأبوّة فى القتل العمد ، فإنها فى مال القاتل لاعلى العاقلة انتهى. ووجه المنافاة غير خاف على ذى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل) أقول : قد مرّ فى كتاب الجنايات أنه إذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم ، وقالوا فى بيان وجهه : إن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال ، لأن القتل لايتجزأ فجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم ، فلقائل أن يقول هنا : فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما فى العمد بناء على أن القتل لايتجزأ ، وقد مر فى كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل فى الفرق (قوله وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلى المثل والتحوّل إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته) قال الشراح فى بيانه

وقوله (لأن الواجب الأصلى المثل) لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص ، ومثل النفس النفس ، إلا أنه إذا رفع إلى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحوّل الحق إلى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداؤها من وقته) أى من وقت القضاء (كما فى ولد المغرور) فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضى وإن كان ردّ عينه قبل القضاء متعذرا ، لكن جعل الواجب ردّ العين وتحوّل إلى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن ردّ العين . ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لأن الوجوب بالقضاء على مانبين . وقوله (وهذا) أى قول القدورى رحمه الله لايزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها (إشارة إلى أنه يجوز أن يزاد على أربعة من جميع الدية) فإذا أخذ من كل واحد منهم فى كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر ، وليس كذلك فإن محمدا رحمه الله نص على أنه لايزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم . وقوله (وهو الأصح) احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا رحمهم الله مما فهم من إشارة كلام القدورى ذكر فى المبسوط وقال ذلك غلط . وقوله (ضم إليهم أقرب القبائل معناه نسبا) قالوا هذا الجواب إنما يستقيم فى حق العرب ، لأن العرب حفظت أنسابهم فأمكننا

(قال المصنف : لأن الواجب الأصلى المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء) أقول : بل الواجب الأصلى الدية ، قال الله تعالى ـ ودية مسلمة إلى أهله ـ فليس التحول إليها بالقضاء ، فإن القضاء قضاء الله تعالى لاحكم إلا حكمه (قال المصنف : ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم) أقول : أى بالقبيلة ، ويحتمل أن الباء للملابسة ، والمعنى : لأن نصرة القبيلة ملتبسة به (قوله مما فهم من إشارة كلام القدورى) أقول : من للمنشئية فى قوله مما .

فالأقرب على ترتيب العصبات : الإخوة ثم بنوهم ، ثم الأعمام ثم بنوهم . وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم ، وقيل لايدخلون لأن الضم لنفى الحرج حتى لايصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة . وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لايكثرون ، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات : يعنى أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب . ويفوّض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به ، ثم هذا كله عندنا . وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوّى بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار . ولكنا نقول : هى أحط رتبة منها ؛ ألا ترى أنها لاتؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث) لأن الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة . فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج فى كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وإن كان يخرج فى كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار

لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص ، ومثل النفس النفس ، إلا أنه إذا رفع إلى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحوّل الحق بالقضاء إلى المال انتهى . أقول : فيه نظر : لأنهم إن أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ إنما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع ، كيف وقد قال الله تعالى ـ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ـ الآية ، وهو نص صريح فى كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك . نعم إن قوله تعالى ـ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ كان يقتضى بإطلاقه أن يكون الضمان فى النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ـ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ـ ولما خص به من ذلك كان جواب الدية فى القتل خطأ منصوصا عليه من قبل ربّ العزّة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضى ، وإن أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس إنما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ، ولكن لايجدى شيئا فيما نحن فيه كما لايخفى (قوله وقيل لايدخلون لأن الضم لنفى الحرج حتى لايصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة ، والآباء والأبناء لايكثرون) أقول : فيه كلام ، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم ، وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الإخوة فممنوع ، كيف وإخوته أبناء أبيه ، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لايجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وإن كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث ، لأن الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه ، إذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة : الفرق

إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما فى حق العجمى فلا يستقيم لأن العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبا ، فبعد ذلك اختلف المشايخ رحمهم الله ، فقال بعضهم : يعتبر المحالّ والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى . وقوله (فيسوّى بين الكل) يعنى الآباء والأبناء وغيرهم لأنه صلة لأنه يجب على العاقلة على سبيل المواساة . وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية مايفرض للمقاتلة والرزق مايجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة والباقى ظاهر .

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة ، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة) أقول : فيه بحث ، لأنه لايلائم قوله وإن كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف : ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة) أقول : فى المغرب الرزق ما يخرج للجندى عن رأس كل شهر ، وقيل يوما بيوم ، والمرتزقة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وإن لم يثبتوا فى الديوان .

الثلث . وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر . وإن كانت لهم أرزاق فى كل شهر وأعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر . إما لأن الأعطية أكثر . أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم . قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) لأنه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره . وقال الشافعى : لا يجب على القاتل شىء من الدية اعتبارا للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا .

بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان فى مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم ، والعطاء مايفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى . أقول : تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرّت فيما قبل وهى قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية ، فإن المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء فى كل سنة من الثلاث فتخرج له فى سنة واحدة ثلاث عطايا ، والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء مايفرض كل سنة مرة واحدة . نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسئلة : والعطاء يخرج فى كل سنة مرة واحدة ، فالذى يمكن فى التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة واحدة ، وكذا التفسير الذى ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الأكثر الأغلب وقوعا ، ومثل هذا ليس بعزيز فى المتعارف . وقال صاحب الغاية : الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق مايفرض لكفاية الوقت ، والعطية مايفرض ليكونوا قائمين بالنصرة . ثم قال : قال صاحب المغرب : العطية مايفرض للمقاتلة ، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة . وفيه نظر ، لأن محمدا قال : إذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية فى أعطياتهم دون أرزاقهم ، فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا انتهى . أقول : إن صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء فى الموضعين من المغرب : أحدهما موضع بيان الرزق ، والثانى موضع بيان العطاء ، فقال فى الأول : الرزق مايخرج للجندى عند رأس كل شهر ، وقيل يوما بيوم . ثم قال : وفى مختصر الكرخى : العطاء مايفرض للمقاتلة ، والرزق للفقراء . وقال فى الثانى : العطاء اسم مايعطى والجمع أعطية وأعطيات ، وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء مايخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين ، والرزق مايخرج له كل شهر . ثم قال : وفى شرح القدورى فى العاقلة . الدية فى أعطياتهم ثلاث سنين ، فإن لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية فى أرزاقهم . وقال : الفرق بينهما أن العطية مايفرض للمقاتلة ، والرزق مايجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة انتهى . فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره فى الموضع الأول قط ، وكذا لا يرد على ما ذكره فى الموضع الثانى أولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء مايخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين والرزق مايخرج له كل شهر ، وإنما يرد على ما نقله من شرح القدورى بقوله وقال : الفرق بينهما أن العطية مايفرض للمقاتلة ، والرزق مايجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة ، وهو ليس بمرضى عند صاحب المغرب ، فنسبة ذلك القول إلى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغى . والعجب هاهنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكروا فى الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذى ردّه صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية فى الكتاب بقوله وإن كانت لهم أرزاق فى كل شهر وأعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الأعطية دون الأرزاق يأبى ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) قال صاحب النهاية : اعلم أن القاتل إنما يكون كأحد العواقل فى أداء نصيبه من الدية إذا كان القاتل من أهل العطاء فى الديوان . وأما إذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شىء من الدية عندنا أيضا لأن الدية تؤخذ من الأعطيات وقال وهو هكذا منصوص فى المبسوط واقتفى أثره فى تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية . أقول : هذا مشكل عندى ، إذ قد مرّ فى الكتاب أنّ من لم يكن من أهل

(قوله وأدخل القاتل مع العاقلة) يعنى إذا كان القاتل من أهل الديوان ، أما إذا لم يكن فلا شىء عليه من الدية عندنا أيضا

وفى مختصر الكرخى : العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء انتهى .

قلنا : إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب الجزء ، ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه أولى ، قال الله تعالى ـ ولا تزر وازرة وزر أخرى ـ (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) لقول عمر رضى الله عنه : لايعقل مع العاقلة صبيّ ولا امرأة ، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته ، والناس لايتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لايوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية ؛ وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشيء عليهما من الدية بخلاف الرجل . لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه وهذا لايوجد فيهما ، والفرض لهما من العطاء للمعونة لاللنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام ورضى الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه إذا كان

الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقل ولاشك أن قبيلة من لايكون من أهل العطاء فى الديوان قد لاتكون هى أيضا من أهل العطاء فى الديوان وقد مرّ أيضا أنهم قالوا : لوكان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ماذكر فى النهاية من قوله لأن الدية تؤخذ من الأعطيات فى تعليل قوله وأما إذا لم يكن من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا يلزم أن لاتجب الدية على العاقلة أيضا فيما إذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم إمكان الأخذ من الأعطيات هناك لافى حق القاتل ولافى حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فإن وجوب الدية على العاقلة فى القتل الخطإ وشبه العمد مجمع عليه فإذا وجب عليهم الدية البتة ينبغى أن يجب على القاتل أيضا شيء منها وإن لم يكن من أهل العطاء للعلة التى ذكرت فى الكتاب وهى أن القاتل هو الفاعل فلامعنى لإخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لوكان القاتل صبيا أو امرأة لاشيء عليهما)

كما لا تجب عند الشافعي رحمه الله . قال (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) كلامه واضح . وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء عليهما من الدية) قيل إنه يناقض قوله فى المسئلة التى ذكرها قبل المعاقل فيما إذا وجد القتيل فى دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك فى تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح ، لأن فرض المسئلة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة . لايقال : إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهى قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شيء منها وهى قاتلة تقديرا أولى . لأنا نقول : القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم ، إما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لايستلزم الدية . فإن قلت : هذا الجواب ينبنى على إيجاب القسامة عليها وفى ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا : ولا قسامة على صبيّ ، إلى أن قال : ولاامرأة وعبد . وقال هاهنا : ولو وجد قتيل فى قرية لامرأة ، فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة . فالجواب أن ذلك مذكور فى سياق قوله وإن لم تكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ، ومعناه لايكمل أهل المحلة خمسين من الصبيّ والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها ، وأما هاهنا فالقتيل وجد فى قريتها فيجب عليها نفيا لتهمة القتل فإنها تتحقق منها ، ويتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة ، فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا ، فلا يدخل الصبيّ والعبد والمرأة ، وإذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل . فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة ، والله أعلم . قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الإمام لنساء الغزاة وذراريهم من

(قال المصنف : قال الله تعالى ـ ولا تزر وازرة وزر أخرى) أقول : قال القاضى فى تفسيره : أى ولا تحمل نفس آثمة إثم نفس أخرى . وقال القاضى فى تفسير سورة الأنعام جواب عن قولهم ـ اتبعوا سبيلنا ولنحمل خطاياكم ـ انتهى . فعلى هذا لايتجه التمسك بها فى هذا المقام لإثبات الملازمة . وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال : أى لاتحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص (قوله وهى قاتلة حقيقة) أقول : الواو حالية (قوله أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول : فيه بحث ؛ ألا يرى أنه لايجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل ، بل أدخلها المتأخرون فى تحملها مع العاقلة (قال المصنف : والفرض لهما من العطايا للمعونة لاللنصرة كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام) أقول : قال الإتقانى : بيانه أن بنيتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل

لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده ، ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لأنهم أتباع لأهل المصر، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب فى النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لأنه يستنصر بأهل ديوانه لابجيرانه . والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه ، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له فى الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة ، قيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء . وقيل تأويله إذا كان قريبا لهم . وفى الكتاب إشارة إليه حيث قال : وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر . وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوى نازلا فى المصر لامسكن له فيه لايعقله أهل المصر) لأن أهل العطاء لاينصرون من لامسكن له فيه ، كما أن أهل البادية لاتعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لايستنصر بهم (وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون

قال صاحب النهاية : إن قوله هنا لايجب على المرأة شىء من الدية وإن كانت هى القاتلة يخالف المسئلة التى ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما إذا وجد القتيل فى دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك فى تحمل الدية مع العاقلة انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل : وليس بصحيح لأن فرض المسئلة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة . لايقال : إذا لم يجب على المرأة شىء من الدية وهى قاتلة حقيقة فلأن لايجب عليها شىء منها وهى قاتلة تقديرا أولى . لأنا نقول : القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم إما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء ، وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم ، بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لايستلزم الدية انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا إما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة بالاستقراء ممنوع ، فإنه إذا وجد القتيل فى قرية امرأة فعند أبى حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شىء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر فى غاية البيان والكفاية وغيرهما ، والمتأخرون وإن قالوا : إن المرأة تدخل مع العاقلة فى تحمل الدية فى تلك المسئلة إلا أن تعليلهم إياها بقولهم لأنا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر فى الكتاب قبيل كتاب المعاقل يأبى الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة ، بل يقتضى قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة وإلا لايتم تعليلهم المذكور لاعلى قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق . فالحق فى التوفيق بين المسئلتين المذكورتين فى المقامين ما ذكره سائر الشراح فإنه قال فى الكفاية : هذا يخالف ماذكر قبيل المعاقل من

العطاء ، والعطاء إنما يدفع بنصرة أهل الإسلام كما فى حق الغزاة ، ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء . ووجهه ما قاله أن الدفع إليهن باعتبار المعونة : أى معونة الإمام لهما لاباعتبار نصرتهما غيرهما . وقوله (وأهل البادية أقرب إليه) يعنى نسبا . وقوله (قيل هو صحيح) الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة . وقوله (من أهل المصر) بيان لقوله أهل الديوان : أى أهل الديوان الذين هم من أهل المصر . وقوله (وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة) يعنى أن للولى الأبعد أن

ونحو ذلك ، ولا تصلح للنصرة لضعفهما ، فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ، ويجوز أن يقال : الفرض لهما من الإمام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما ، فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى . والتشبيه فى قول المصنف كفرض أزواج النبى عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الأول فى كون الفرض لا للنصرة لا فى كونه للمعونة كما لا يخفى .

بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الإسلام فى المعاملات لا سيما فى المعانى العاصمة عن الإضرار . ومعنى التناصر موجود فى حقهم (وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما فى حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وإنما يتحوّل عنه إلى العاقلة أن لو وجدت . فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه فى ماله لأن أهل دار الإسلام لايعقلون عنه . وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر

اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة ، إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية وإنما هو اختيار بعض المتأخرين . وما ذكر هنا هو اختيار الطحاوى وهو الأصح وهو أصل رواية محمد انتهى . وقال فى معراج الدراية : هذه المسئلة مخالفة لما مرّ قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل فى دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين . إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لاتدخل فى العواقل فى صورة من الصور انتهى . وقال فى غاية البيان : فإن قلت : قد مرّ قبيل كتاب المعاقل أن القتيل إذا وجد فى قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عند أبى حنيفة ومحمد . وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة فى الدية فكيف لم تشاركهم هنا . قلت : ثمة أيضا لاتشاركهم فى الدية على ما هو المنصوص من محمد . وإنما استحسن المتأخرون فى تلك المسئلة خاصة انتهى . ثم قال صاحب العناية : فإن قلت : هذا الجواب يبتنى على إيجاب القسامة عليها وفى ذلك تناقض ، لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبىّ إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد . وقال هاهنا : لو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة . فالجواب أن ذلك مذكور فى سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ، فمعناه لايكمل أهل المحلة خمسين من الصبى والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها ، وأما هنا فالقتيل وجد فى قريتها فتجب عليها نفيا لتهمة القتل فإنها تتحقق منها . وتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة ، فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا ، فلا يدخل الصبى والعبد والمرأة . وإذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل ، فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة . إلى هنا كلامه . أقول : فيه أيضا نظر . أما أوّلا فلأن كون ذلك مذكورا فى سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ممنوع ، بل ذلك مسئلة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال ، إذ لو كان معناه لايكمل أهل المحلة خمسين من الصبىّ والمجنون والمرأة والعبد لانفى صلاحيتهم للقسامة مطلقا : أى سواء كانوا منضمين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبى والمجنون والعبد فى أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير متروكا بالكلية فى هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة ، إذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل الخمسين لايستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد إذ هو حاصل الجواب الذى ذكره لدفع التناقض بين المقامين فى حق المرأة كما ترى . وأما ثانيا فلأن ماذكره من أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة ، وإذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عندياته لايساعده العقل ولا النقل ، أما عدم مساعدة العقل فلأن كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق فى كل واحدة من صورتى وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد ، فتعليل إحداهما بالأول والأخرى بالثانى دون العكس أو الجمع تحكم بحت . وأما عدم مساعدة النقل فلأنهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لايخفى على من يراجع المعتبرات وقد مرّت

يزوّج إذا كان الأقرب غائبا . وقوله (لا سيما فى المعانى العاصمة) كحدّ القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية . وقوله (فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) أى لا على بيت المال ، لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمى والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا ، بخلاف المسلم فإن ديته على بيت المال إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجىء . وقوله (وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أى ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إياه . وقوله (لعدم التناصر) لأن التعاقل يبتنى على الموالاة وذلك

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة. قالوا: هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغى أن لايتعاقلون بعضهم عن بعض . وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر . ولوكان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضى فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة . وقال زفر : يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف . لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة . وصار كما إذا حوّل بعد القضاء . ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته ، وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء ، بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرّر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك ، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة ،

الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة) قال بعض الفضلاء : هذا مخالف لما سبق فى أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لايتعاقلون فيما بينهم . وجوابه أن ذلك مبنى على الغالب انتهى . أقول : يأبى هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله إنهم لايتعاقلون فيما بينهم لأن النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف . فالأولى فى الجواب أن يقال : المراد هناك نفى الوقوع : أى لم يقع التعاقل فيما بينهم ، والمراد هنا بيان الجواز : أى وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولوكان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضى فإنه يقضى على عاقلته من أهل البصرة) أقول : لقائل أن يقول : قد مرّ فى أوائل كتاب المعاقل أن العاقلة إنما خصوا بالضم إلى القاتل فى أداء الدية ، لأن القاتل إنما قصر لقوّة فيه ، وتلك القوّة بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به ، ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية فى هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لأن الجناية إنما صدرت عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوّة فيه وقت صدورها عنه إنما كانت بأنصاره الذين هم أهل الكوفة ، والتقصير فى مراقبته وقتئذ إنما وقع منهم ، إذ لاشك أن عهدة المراقبة فى ذلك الوقت كانت عليهم لاعلى أهل البصرة فكان ينبغى أن يقضى بالدية عليهم لاعلى أهل البصرة . ويمكن الجواب بأن ما ذكره هناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم إلى القاتل فى تحمل الدية لاعلته ، وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى فى الجنس لا فى كل فرد ، كما فى الاستبراء فى البكر فلا يقدح عدم تمشية ماذكر هناك فى مسئلتنا هذه ، فإن ملاك الأمر فى تمام جواب المسئلة هو الدليل ، وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء الخ ، ولا محالة أنه يقتضى أن يقضى بالدية على أهل البصرة لاعلى أهل الكوفة ، لأن وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحوّلا إلى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فإنهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ، ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء ، فلا بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن

ينعدم عند اختلاف الملة ، قال الله تعالى ـ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ـ وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهرا لا ألفاظا نذكرها . وقوله (وعاقلته أهل الكوفة) الواو للحال . وقوله (لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعنى

(قال المصنف : والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم) أقول : مخالف لما سبق فى أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لايتعاقلون فيما بينهم . وجوابه أن ذلك مبنى على الغالب (قال المصنف : فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء) أقول : فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم فى تركهم مراقبته على ما مر غير مرة ، وهذا التقصير إنما وقع من أهل الكوفة ، فينبغى أن تجب عليهم

بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل فى النسب ، لأن فى النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا لإبطاله ، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم ، وكذا البدوى إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لايتحول عنهم ، وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام فى العطاء حيث تصير الدية فى أعطياتهم وإن كان قضى بها أول مرة فى أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها فى أموالهم وأعطياتهم أموالهم . غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء ، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ماقضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لاتتحول إلى الدراهم أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر . قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لأن النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » . قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعى وقد مر فى كتاب الولاء . قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل

القاتل المعذور كما تقرر فيما مر (قوله بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل فى النسب الخ) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية فى شرح هذا المقام : قوله بخلاف ما إذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لايقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضى قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة ، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل فى النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل . وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن فى النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الأول لا إبطاله انتهى . أقول : مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل مع كونها مستدركة فى بيان معنى المقام غير صحيحة فى نفسها ، إذ ليس فيما إذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد إلى أحد قط ، بل إنما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ، ولا شك أن التكثير يغاير النقل بل ينافيه . وعن هذا قال المصنف فى الفرق بين الصورتين : إن فى النقل إبطال حكم الأول ، وفى الضم تقرير حكم الأول لا إبطاله ، ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة فى معنى المقام لقال المصنف فى الفرق بين الصورتين المذكورتين إن أمر النقل فى صورة القلة كذا وفى صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تقف (قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل

وإن كان بعد القضاء . وقوله (بخلاف ما إذا قلت العاقلة) متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لايقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضى قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة ، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل فى النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل ، وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن فى النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا لإبطاله . وقوله (لكن يقضى ذلك) أى الإبل من مال العطاء بأن يشترى الإبل من مال العطاء . قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) كلامه واضح . وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لأن القصاص لايجب فى عمده

(قال المصنف : ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) أقول : لابد على قول من يقول لايدخل الآباء والأبناء فى العاقلة لأنهم لايكثرون من الفرق بين المولى وبينهم ، ولعل التزامه لأداء الدية فى العقد هو الفارق ، ولأجل ذلك لم يعقل فى المعتق مولاه وقبيلته ، إذ لاالتزام

نصف العشر فصاعدا) والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولامادون أرش الموضحة » وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف فى القليل وإنما هو فى الكثير ، والتقدير الفاصل عرف بالسمع . قال (وما نقص من ذلك يكون فى مال الجانى) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعى ، أو التسوية فى أن لايجب على العاقلة شىء ، إلا أنا تركناه بما روينا ، وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على مامر فى الديات . فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان فى مال الجانى أخذا بالقياس .

نصف عشر الدية فصاعدا) قال فى النهاية : والدليل على أنها لاتتحمل ما دون نصف العشر أن القصاص لايجب فى عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال ، كذا فى شرح الأقطع انتهى . واقتفى أثره صاحب العناية . أقول : يرد عليه أن لكل منصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مرّ فى كتاب الديات حيث قال : وفى كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية . ثم قال : وفى كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ، ففى أحدها ثلث دية الأصبع فكان لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقدر هو أقل من نصف عشر الدية ، ويجب القصاص فى عمده لامحالة لإمكان رعاية المماثلة التى هى مبنى القصاص كما تقرّر فى باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات ، فانتقض به كل واحد من قوله إن القصاص لايجب فى عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى . نعم قد تدارك صاحب الغاية إصلاح المقدمة الثانية : أعنى قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال : ويدل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرش مقدر فى نفسه فأشبه ضمان الأموال . ثم قال : فإن قيل : أرش الأنملة مقدر وهو ثلث دية الأصبع فينبغى أن تتحمله العاقلة . قيل له ليس أرشها مقدرا بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الأصبع ، ونحن إنما شبهنا مادون الموضحة بالأموال من حيث أنه لم يكن له أرش مقدر بنفسه انتهى . لكن بقيت المقدمة الأولى وهى قوله إن القصاص لايجب فى عمده مجروحة تدبر (قوله والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة »)

ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال . قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس ، فأما بدل النفس فتتحمله العاقلة وإن كان أقل من نصف العشر ؛ ألا ترى أن القبيلة إذا كانت مائة كانت الدية على عاقلهم ، وإن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لأنها بدل النفس ، وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة وخمسون درهما فإنه تتحمله العاقلة ، لأن تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد فى التحمل لا النص ولا علته فيجب فى ماله . وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد : اختلفوا فى تأويل قوله صلى الله عليه وسلم « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا » فقال لى محمد بن الحسن رحمه الله : إنما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شىء من جناية عبده ، إنما جنايته فى رقبته أن يدفعه إلى المجنى عليه أو يفديه . ثم قال : وهذا قول أبى حنيفة . وقال ابن أبى ليلى : إنما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه يقتله حرّ أو يجرحه يقول : فليس على عاقلة الجانى شىء إنما ثمنه فى ماله خاصة . قال أبو عبيد : فذاكرت الأصمعى فى ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبى ليلى لجريه على كلام العرب ، ولا يرى قول أبى حنيفة جائزا ، يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ماقال لكان الكلام لاتعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ، ومعنى قول الأصمعى إن فى كلام العرب يقال عقلت

بالعقد فيه تأمل (قوله وقوله ولا عبدا ، قال أبو عبيد : اختلفوا فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا » فقال لى محمد بن الحسن : إنما معناه أن يقتل العبد حرا الخ) أقول : قال الإتقانى : واحتج محمد فى ذلك بشىء رواه عن ابن عباس .

قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا مالزم بالصلح أو باعتراف الجانى) لما روينا ، ولأنه لاتناصر بالعبد والإقرار والصلح لايلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم . قال(إلاأن يصدقوه) لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقرّ بقتل خطإ ولم يرفعوا إلى القاضى إلا بعد سنين قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى) لأن التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة ففى الثابت بالإقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولىّ الجناية على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شىء على العاقلة) لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شىء فى ماله) لأن الدية بتصادقهما تقررت

قال أبو عبيد: اختلفوا فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا » فقال محمد بن الحسن : إنما معناه أن يقتل العبد حرّا فليس على عاقلة مولاه شىء من جناية عبده ، إنما جنايته فى رقبته أن يدفعه إلى المجنى عليه أو يفديه . ثم قال : وهذا قول أبى حنيفة . وقال ابن أبى ليلى : إنما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه يقتله حرّ أو يجرحه فليس على عاقلة الجانى شىء إنما ثمنه فى ماله خاصة. قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعى فى ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبى ليلى على كلام العرب ، ولا يرى قول أبى حنيفة جائزا ، يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ماقال لكان الكلام لاتعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولاتعقل عبدا. ومعنى قول الأصمعى إن فى كلام العرب يقال عقلت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه. قال الأصمعى : كلمت أبا يوسف القاضى فى ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته . وأجيب بأن عقلته يستعمل فى معنى عقلت عنه ، وسياق الحديث وهو قوله « لاتعقل العاقلة عمدا » وسياقه وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ولا صلحا ولا اعترافا » يدلان على ذلك لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف . كذا فى العناية . أقول : الجواب محل الكلام ، إذ للخصم أن يمنع كون معناه ماذكر ويقول: بل معناه لاتعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول ، ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضا فيئول المعنى فى الكل إلى معنى عقلت القتيل لا إلى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب إلزاما (قوله لأن التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة ففى الثابت بالإقرار أولى) قال صاحب العناية : يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالإقرار ، لأن الثابت بها كالثابت معاينة ، وفى القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى انتهى . وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال : ليس كلام المصنف فى الدية بل فى التأجيل كما لايخفى ، وقال : ولعل الأولى أن يقال : إذا ثبت القتل الخطأ بالبينة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ، ففى الثابت بالإقرار أولى يؤجل

القتيل إذا أعطيت ديته ، وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه . قال الأصمعى : كلمت أبا يوسف القاضى فى ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته . وأجيب بأن عقلته يستعمل فى معنى عقلت عنه . وسياق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لاتعقل العاقلة عمدا » وسياقه وهو قوله « ولا صلحا ولا اعترافا » يدلان على ذلك ، لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف ، وعلى هذا فقوله بعد هذا (ولا تعقل العاقلة جناية العبد) إضافة المصدر إلى فاعله . وأما إذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة . وقوله (والإقرار والصلح لايلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) إلا أن فى الإقرار تجب الدية فى ثلاث سنين ، وفى الصلح عن العمد يجب المال حالا إلا إذا شرط الأجل فى الصلح فيكون مؤجلا . وقوله (ففى الثابت بالإقرار أولى) يريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالإقرار ، لأن الثابت بها كالثابت معاينة . وفى القتل معاينة الدية إنما تجب

قال محمد : حدثنى عبد الرحمن بن أبى زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، عن ابن عباس قال : « لاتعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك » قال محمد : أفلا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك (قوله وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول : فيه بحث ، إذ يجوز أن يكون المعنى : لاتعقل العاقلة من قتل عمدا ، ولا من صولح عن دمه ، ولا من اعترف بقتله فإن الخصم يذهب إلى أن المعنى ذلك (قوله وفى القتل معاينة الدية) أقول : ليس كلام المصنف فى الدية بل فى التأجيل كما لايخفى ، ولعل الأولى أن يقال : إذا ثبت القتل الخطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة ، ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ، ففى الثابت بالإقرار أولى أن يؤجل

على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة فى حقهما ، بخلاف الأول (إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لأنه فى حق حصته مقرّ على نفسه وفى حق العاقلة مقرّ عليهم . قال (وإذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لأنه بدل النفس على ماعرف من أصلنا . وفى أحد قولى الشافعى تجب فى ماله لأنه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة مابلغت . وما دون النفس من العبد لاتتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ماعرف ،

للتخفيف لأن الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل انتهى . أقول : ليس ما قاله بسديد ، إذ ليس كلام المصنف هنا أصالة فى الدية ولا فى التأجيل نفسه ، لأن وجوب الدية بطريق التأجيل فى القتل الخطإ ، إذ قد علم فى كتاب الجنايات وفى كتاب الديات وفيما مرّ غير مرة فى كتاب المعاقل ، وإنما الكلام هاهنا أصالة فى كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار ، ولهذا قصر المصنف البيان عليه فى تعليل هذه المسئلة ، وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الأولى أن يقال الخ إنما يفيد كون الدية مؤجلة إلى ثلاث سنين فى هذه المسئلة ، لاكون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الإقرار ، والمقصود بالبيان هنا هو الثانى دون الأول . وأما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثانى لأنه قال : وفى القتل معاينة إنما تجب الدية بقضاء القاضى فهذا أولى ، وهذا يثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار ، لأن وجوب الدية إذا كان بقضاء القاضى فلا جرم لايتحقق وجوبها قبل قضاء القاضى وتأجيل الدية فرع وجوبها لا محالة ، إنما يتصوّر التأجيل من وقت القضاء لا قبله . وعن هذا قال فى المبسوط كما نقل عنه فى النهاية . والتأجيل فيه من وقت القضاء لامن وقت الإقرار ، لأن الثابت بالإقرار بالقتل لايكون أقوى من الثابت بالمعاينة ، وفى القتل المعاين الدية إنما تجب بقضاء القاضى فهنا أولى انتهى (قوله وما دون النفس من العبد لاتتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف) أقول : فيه كلام ، وهو أنه إن كان مراد المصنف بقوله على ماعرف ماذكره فى باب القصاص فيما دون النفس فى تعليل أن لاقصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحرّ والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة ، كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنا : لنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ، ولهذا لايجرى القصاص فى العمد بين طرف الحرّ والعبد فلا تتحمله العاقلة كطرف البهيمة ، وقد مرّ ذلك فى باب القصاص فيما دون النفس ، وهذا معنى قوله على ماعرف انتهى . ينتقض حينئذ ماذكره فى تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر إلى مادون نصف عشر الدية ، فإن الدليل المذكور هنا يجرى هناك أيضا مع تخلف الحكم عنه وإن كان مراده به ما ذكره فى فصل بعد باب جناية المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هى المالية دون الآدمية ، بخلاف النفس من العبد فإن المعتبر فى إتلافها هى الآدمية دون المالية عندنا جاز أن

بقضاء القاضى فهذا أولى . وقوله (وتصادقهما حجة فى حقهما) لأن أحد المتصادقين ولىّ القتيل ، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت لاعلى المقرّ فإقراره حجة على نفسه . وقوله (بخلاف الأول) أراد به قوله والإقرار والصلح لايلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار فى مال المقرّ وإنما وجبت الدية هناك فى مال المقرّ لأن هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب فى مال المقرّ ضرورة . فإن قيل : لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحوّل بزعمه إلى عاقلته بقضاء القاضى ، فإذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين إلى ذمة المحيل . أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم ، وهذا ليس كذلك فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر ، فبعد ماتقرر على العاقلة بقضاء القاضى لايتحوّل إليه بحال

التخفيف ، لأن الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار الخ) أقول : الفهم منه بعيد ، ولعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطإ إلى قوله قضى عليه بالدية فى ماله (قوله أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله دينا لدفع التوى الخ) أقول : قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم .

وفى أحد قوليه العاقلة تتحمله كما فى الحرّ وقد مرّ من قبل . قال أصحابنا : إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية فى بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا مايلزمه من الغرامة يلزم بيت المال . وعن أبى حنيفة رواية شاذة أن الدية فى ماله ، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف والإتلاف منه ، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على مامر . وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل (وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه) لأن نسبه ثابت منها دون الأب (فإن عقاوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم ، لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ماكان واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون فى ذلك ، وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤدّ كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم ، وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة ، وفى مال الآمر إن كان ثبت بإقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر ، أو على عاقلته لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير . قال رضى الله عنه : هاهنا عدّة مسائل ذكرها محمد متفرّقة . والأصل الذى يخرّج عليه أن يقال : حال القاتل إذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأول قضى بها أو لم يقض ، وإن ظهرت حالة خفية مثل

لاينتقض ماذكره هنا بتحمل العاقلة مادون النفس من الحرّ إلى مادون نصف عشر الدية ، إذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية فى أطراف الحرّ بالكلية ، إلا أنه لايتم الدليل المذكور هنا حينئذ على أصل أبى حنيفة ، فإنه يعتبر المالية والآدمية معا فى أطراف العبد ، وإنما يتم هذا على أصل أبى يوسف ومحمد فإنهما لايعتبران الآدمية فيها بالكلية ، وقد مر ذلك كله فى الفصل المزبور فى بيان مسئلة من فقأ عينى عبد إنسان ، والمسئلة التى نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى لأن يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض ، وبالجملة لايخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى (قوله وفى أحد قوليه تتحمله كما فى الحرّ وقد مرّ من قبل) قال صاحب الغاية : أى فى أول فصل بعد باب جناية المملوك ، واقتفى أثره فى هذا التفسير صاحب

سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف . وقوله (وقد مرّ من قبل) أى فى أول فصل بعد باب جناية المملوك . وقوله (قال أصحابنا رحمهم الله : إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية فى بيت المال) يعنى إذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لأن جماعة المسلمين هم أهل النصرة ، والنصرة بالولاية وهى منقطعة بيننا وبينهم ، والباقى ظاهر . وقوله (ثم أدّيت الكتابة) أى فإنه حينئذ يرجع قوم الأم على الأب وقوله (والأصل الذى يخرّج عليه أن يقال حال القاتل إذا تبدّل حكما فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الأولى قضى بها القاضى أو لم يقض) كالمولود بين عبد وحرّة إذا جنى ثم أعتق العبد لاتتحوّل الجناية عن عاقلة الأم لأن هاهنا تبدّل حاله بأن انتقل ولاؤه عن موالى الأم إلى موالى الأب ، وكالغلام إذا حفر بئرا قبل أن يعتق أبوه ثم سقط فى البئر رجل بعد ما أعتق أبوه فإن القاضى يقضى بالدية على عاقلة الأم ولا يجعل على عاقلة الأب من ذلك شيئا ، لأن الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد فى ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فإن الجناية لاتتحوّل إلى الملك الحادث بل تبقى فى الملك الذى وجد فيه الحفر ، فإن العبد إذا حفر بئرا فى طريق المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يقع فيه إنسان باعه ثم وقع فى ملك المشترى إنسان فمات فالضمان على البائع لا على المشترى ، لأن ملك المشترى حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد

دعوة ولد الملاعنة حوّلت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ، ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء ، فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية ، وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضى بها على الثانية ، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الأصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد .

(كتاب الوصايا)

العناية والشارح العينى ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلا سائر الشراح . أقول : لو كان مراد المصنف بقوله وقد مرّ من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته هنا غير رائجة قطعا ، إذ لم يذكر فى ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعى ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها .

(كتاب الوصايا)

قال الشراح : إيراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة ، لأن آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت ، والوصية معاملة وقت الموت . أقول : يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد فى آخر هذا الكتاب ، وإنما المورد فى آخره كتاب الخنثى كما ترى . نعم إن كثيرا من أصحاب التصانيف أوردوه فى آخر كتبهم ، لكن الكلام فى شرح هذا الكتاب . ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر فى قولهم فى آخر الكتاب على الإضافى ، فإن آخره الحقيقى وإن كان كتاب الخنثى إلا أن كتاب الوصايا أيضا آخره بالإضافة إلى ما قبله حيث كان فى قرب آخره الحقيقى ، وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا فى أوائل كذا وأواخره ، فإن صيغة الجمع لا تتمشى فى الأول الحقيقى والآخر الحقيقى ، وإنما المخلص من ذلك تعميم الأول والآخر للحقيقى والإضافى . ويمكن أن يقال أيضا : لما كان ما ذكر فى كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه

الحفر يعتبر به فلا تتحوّل الجناية وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حوّلت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ، وقد ذكر صورته فى الكتاب ، وكما إذا مات المكاتب عن ولد حرّ ووفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرّة مولاة لبنى تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أدّيت الكتابة فإن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب . لأن عتق المكاتب عند أداء البدل يستند إلى حال حياته ، فتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الأب حين جنى وأن موجب جنايته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الأب ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء كما ذكر فى الكتاب فى صورة تحويل الديوان من الكوفة إلى البصرة من قبل ، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده . كما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم إليهم أقرب القبائل نسبا وقد تقدم . وقوله (إلا فيما سبق أداؤه) استثناء من قوله اشتركوا : يعنى لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم .

(كتاب الوصايا)

(كتاب الوصايا)

. . . .

فى حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب . ثم إن الوصية فى اللغة اسم بمعنى المصدر الذى هو التوصية ، ومنه قوله تعالى ـ حين الوصية ـ ثم سمى الموصى به وصية ، ومنه قوله تعالى ـ من بعد وصية توصون بها ـ وفى الشريعة : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان ذلك فى الأعيان أو فى المنافع ، كذا فى عامة الشروح. قال بعض المتأخرين : ثم الوصية والتوصية وكذا الإيصاء فى اللغة : طلب فعل من غيره ليفعله فى غيبته حال حياته أو بعد وفاته . وفى الشريعة : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة ، هذا هو التعريف المذكور فى عامة الكتب ، والوصية بهذا المعنى هى المحكوم عليها بأنها مستحبة غير واجبة ، وأن القياس يأبى جوازها ، فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد . والمسائل المتعلقة بالوصى مذكورة فى كتاب الوصايا بطريق التطفل ، لكن التحقيق أن هذه الألفاظ كما أنها موضوعة فى الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط ، نقل هذا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده ، لكن يشترط استعمال لفظ الإيصاء باللام فى المعنى الأول وبإلى فى المعنى الثانى ، فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثانى لاعلى سبيل التطفل ، إلى هنا لفظه . أقول : ماعده تحقيقا ليس بشىء . أما أولا فلأن التى تكون من فروع المعنى الثانى من المسائل المذكورة إنما هى المسائل المتعلقة بالوصى دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد ، فإن استعمال لفظ الإيصاء فيها باللام لا بإلى ، يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى إليها كما لايخفى ، فبقى أمر التطفل فى حق تلك المسائل من المسائل التى ذكرها من قبل إذ لم يشملها شىء من المعنيين المذكورين قط . وأما ثانيا فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الإنسان فى مرض موته بطريق التنجيز مذكورة أيضا فى كتاب الوصايا ، ومنها باب العتق فى المرض كما سيجىء فى الكتاب ، ولا ريب فى عدم شمول شىء من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل ، فبقى أمر التطفل فى حق تلك المسائل كلها بالنظر إلى ذينك المعنيين معا ، فمن أين كان ارتكاب جمعهما فى لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا حقيقيا بأن يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل . ثم أقول : الوجه فى التفصى عن أمر التطفل فى حق المسائل التى ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ماذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته . ويقرب منه ماذكره صاحب الوقاية حيث قال : هى إيجاب بعد الموت فإنهما يشملان تلك المسائل جملة كما لايخفى على المتأمل ، والوجه فى التفصى عن أمر التطفل فى حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على مانقله صاحب النهاية عن الإيضاح حيث قال : ذكر فى الإيضاح : الوصية ما أوجبها الموصى فى ماله بعد موته أو مرضه الذى مات فيه انتهى . فإنه يشمل جميع ماذكر فى كتاب الوصايا كما لايخفى على ذى مسكة . ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات ، وهو إرادة تحصيل ذكر الخير فى الدنيا ووصول الدرجات العالية فى العقبى . وشرائطها : كون الموصى أهلا للتبرع ، وأن لايكون مديونا ، وكون الموصى له حيا وقت الوصية ، وإن لم يكن مولودا ، حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح وإلا فلا ، وإنما تعرف حياته فى ذلك الوقت بأن ولد قبل ستة أشهر حيا ، وكونه أجنبيا حتى أن الوصية للوارث لاتجوز إلا بإجارة الورثة ، وأن لايكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا فى الحال أو معدوما ، وأن يكون بمقدار الثلث حتى أنها لاتصح فيما زاد على الثلث ، كذا فى النهاية وفى العناية أيضا بطريق الإجمال . أقول : فيه قصور بل خلل . أما أولا فلأنه جعل من شرائطها أن لايكون الموصى مديونا بدون التقييد بأن يكون الدين مستغرقا لتركته ، والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به فى البدائع وغيره . وأما ثانيا فلأنه جعل من شرائطها كون الموصى حيا وقت الوصية ، والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه ، ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة

. . . .

باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

أشهر حيا ، وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته فى ذلك الوقت كما لايخفى على العارف بأحوال الجنين فى الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور فى عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا. وأما ثالثا فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدار الثلث لازائدا عليه ، وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصى إذا ترك ورثة فإنما لاتصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجزه الورثة ، وإن أجازوه صحت وصيته به . وأما إذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرّر فى موضعه فلا بد من التقييد مرتين : مرّة بأن يكون له وارث ، وأخرى بأن لايجيزه الوارث .

(باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

قال بعض المتأخرين فى حل هذا التركيب : أى مايجوز منه وما لايجوز ، وما يستحب منه وما لايستحب . وقال : ثم ظاهر الإبدال يفيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه ، لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة ، فالأولى إيراده بالواو العاطفة انتهى . أقول : فيه خلل فاحش . أما أولا فلأنه سلك مسلك التقدير فى قول المصنف مايجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال : أى مايجوز منه ومالا يجوز وما يستحب منه وما لايستحب . ولا يذهب عليك أن ذاك التقدير إن صح فى قوله مايجوز من ذلك لايصح فى قوله وما يستحب منه ، إذ ليس فى جنس الوصية مايخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لايرتفعان عن شىء ، فلم يبق من جنس الوصية شىء يغاير مايجوز منه وما لايجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما ، فإن قيد كل واحد منهما بشىء يخرج منه مايستحب منه لايبقى من ذلك شىء يغاير مايجوز منه وما لايجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لايستحب منه فيصح تقديره . لايقال : المراد بالجواز تساوى الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لامجرد رفع التساوى حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب

(باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

إيراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة ، لأن آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت ، والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضى إلى الموت الذى وقته وقت الوصية . والوصية اسم بمعنى المصدر ، ثم سمى الموصى به وصية ، وهى فى الشريعة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع . وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع ، وأن لايكون مديونا ، وكون الموصى له حيا وقت الوصية وإن لم يولد ، وأجنبيا عن الميراث . وأن لايكون قاتلا ، وكون الموصى به بعد موت الموصى شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا فى الحال أو معدوما ، وأن يكون بمقدار الثلث . وركنها أن يقول : أوصيت بكذا لفلان وما يجرى مجراه من الألفاظ المستعملة فيها . وأما حكم الوصية ففى حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكا جديدا كما فى الهبة وفى حق الموصى

(باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

(قوله وسببها سبب التبرعات) أقول : وهو طلب زيادة الزلفى فى العقبى كما مر فى الوقف (قوله وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لايكون مديونا) أقول : أى دينا مستغرقا لتركته (قوله وأجنبيا عن الميراث) أقول : أى وقت الموت (قوله وأن لايكون قاتلا) أقول : قال فى البدائع : وأن لايكون حربيا غير مستأمن ، فإن كان لاتصح الوصية له من مسلم أو ذمى .

قال (الوصية غير واجبة وهى مستحبة) والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى . إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر فى عمله . فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافى بعض مافرط منه من التفريط بماله على وجه لومضى فيه يتحقق مقصده المآلى ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالى ،

والوجوب واسطة بينهما . ويجوز أن يكون المراد بما لايستحب منه ما هو الواجب منه . لأنا نقول : نفى الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا ، فمن أين يدل مالا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك . ولئن سلم جواز إرادة ذلك به يفسد معنى المقام إذ يلزم حينئذ أن يدرج فى عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره فى أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهى مستحبة . وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط . فالصواب أن لاتقدير فى شىء من كلام المصنف هاهنا ، فإن صفات الوصية الشرعية هى الجواز والاستحباب والرجوع عنها : أى كونها مرجوعا عنها ، وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره فى عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شىء أصلا حتى عدم الجواز فإنه صفة للوصية الغير الشرعية ، وعنوان الباب إنما كان فى صفة الوصية الشرعية . نعم قد يذكر فى أثناء مسائل الباب مالا يجوز من الوصايا . لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية . لا لأنه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال فى مسائل سائر الكتب . وأما ثانيا فلأن قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة ليس بسديد ، إذ لانسلم أن الظاهر ذلك . ولا نسلم أن أحدا سواه صرح به . وإنما الذى صرحوا به أن صفة الوصية فى الشرع ماذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة ؛ لا أن مراد المصنف بالصفة فى قوله باب فى صفة الوصية هو الذى ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة ؛ ألا يرى أنهم إنما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لاعند شرح قول المصنف باب فى صفة الوصية الخ وكم بين المقامين ؟ وأما ثالثا فلأن قوله فالأولى إيراده بالواو العاطفة لايكاد يصح إذ لو أورده المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة فى قوله باب فى صفة الوصية ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب فى صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه ، فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكأن هذا القائل نسى قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى إيراده بالواو العاطفة ولعمرى إنه عجيب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة) أقول : الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لايناسب ما مرّ آنفا فى عنوان الباب من قوله مايجوز من ذلك وما يستحب منه . ولا ما سيأتى فى الكتاب من أن الوصية بالثلث للأجنبى جائزة وبدون الثلث مستحبة إن كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم ، وإن كانوا فقراء لايستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى . فكان الظاهر أن يقال : الوصية غير واجبة بل هى مستحبة أو جائزة ، اللهم إلا أن يوجه قوله وهى مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الإطلاق ، فكأنه قال : إنها لاتصل إلى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب ، لكن يرد

إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث . وصفتها ما ذكره بقوله (الوصية غير واجبة وهى مستحبة) فقوله غير واجبة ردّ لقول من يقول : إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لايرثون فرض . ولقول من يقول : الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى ـ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين ـ والمكتوب علينا فرض . ولما لم يفهم الاستحباب من نفى الوجوب لجواز الإباحة قال : وهى مستحبة . والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته . ولو أضافه إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى ؛ إلا أنا

(قوله إذا كانوا ممن لا يرثون) أقول : بسبب الكفر أو الرق .

وفى شرع الوصية ذلك فشرعناه ، ومثله فى الإجارة بيناه ، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين ، وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى ـ من بعد وصية يوصى بها أو دين ـ والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم

عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التى فرّط فيها ، إذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الإمام الزيلعى فى التبيين . قال فى العناية أخذا من النهاية : قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول : إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لايرثون فرض ، ولقول من يقول : الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى ـ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين ـ والمكتوب علينا فرض ، ولما لم يفهم الاستحباب من نفى الوجوب لجواز الإباحة قال : وهى مستحبة انتهى . أقول : فى قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول : إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لايرثون فرض نظر ، لأن الفرض غير الواجب عندنا ، إذ الفرض ماثبت بدليل قطعى والواجب ماثبت بدليل ظنى كما تقرر فى علم الأصول ، فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الردّ بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول : إنها فرض فى حق الوالدين والأقربين ، بل الظاهر أن الردّ لقول ذلك إنما يحصل بقوله وهى مستحبة . ثم إن فى أسلوب تحريره سماجة ظاهرة إذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى ـ كتب عليكم ـ الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلا عليهما ، بل المتبادر أن تكون دليلا على قربتها ، ولا يخفى أنها لاتصلح لأن تكون دليلا على القول الثانى ، وصاحب النهاية وإن شاركه فى تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين إلا أنه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال : وقال عليه الصلاة والسلام « لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه » انتهى . فجاز أن يجعل الدليل الأول دليلا على القول الأول ، والدليل الثانى على القول الثانى بطريق التوزيع على اللفّ والنشر المرتب . وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر . ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلى الخصمين مستقصى ومستوفى فى النهاية وغيرها فلا علينا أن لانذكره هاهنا (قوله وقد تبقّى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية : قوله وقد تبقّى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس ، واقتفى أثره الشارح العينى . أقول : فيه بحث ، إذ لايصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت ، فإنه قال فى وجه القياس : ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى ، فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدى نفعا ، اللهم إلا أن يتمحل بأن يقال : معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهى قوله لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته لاكونه جوابا قاطعا له عن عرقه . والأوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان : فإنه لما كان فى تجويز تمليك مضاف إلى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال : إن المالكية لاتزول عن الإنسان بالكلية بعد الموت ، بل تبقّى مالكيته بعده فى حق ما يحتاج إليه كما فى قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى ـ من بعد وصية يوصى بها أو دين ـ) قال صاحب العناية : وقد استدل أبوبكر الرازى على نسخ قوله تعالى ـ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين ـ بهذه الآية ، وقد ذكره

استحسناه لحاجة الناس إليها ، إلى آخر ماذكر فى الكتاب . وقوله (ومثله فى الإجارة بيناه) فى أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة إلى زمان فى المستقبل ، وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس إليه . وقوله (وقد تبقّى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس . وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى ـ من بعد وصية يوصى بها أودين ـ إلى آخر ماذكر) بيان لوجه الاستحسان . وقد استدل أبو بكر الرازى رحمه الله على نسخ قوله تعالى ـ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ـ بهذه الآية ، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام فى أصوله وقررناه فى التقرير بأن الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة

تضعونها حيث شئتم » أو قال « حيث أحببتم » وعليه إجماع الأمة . ثم تصح للأجنبي فى الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا ، وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى . قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبيّ عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه « الثلث والثلث كثير » بعد مانفى وصيته

الإمام المحقق فخر الإسلام فى أصوله ، وقد قررناه فى التقرير بأن الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة ، والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصية للوالدين ، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض ، لأن المحل محل بيان مافرض للوالدين ، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أيّ وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة ، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى . أقول : يرد عليه أن هذا لايدل على أن الوصية الأولى لم تبق لازمة : فإن المواريث وإن لم ترتب فى هذه الآية الوصية الأولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها ـ فدخلت تلك الوصية الأولى أيضا تحت إطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساخ الآية الأولى بهذه الآية . وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط إفادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب فى مقدار الثلث . وعن هذا أورد القاضى البيضاوى فى تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا الحكم فى بدء الإسلام فنسخ بآية المواريث بأن قال : فيه نظر ، لأن آية المواريث لاتعارضه بل تؤكده من حيث أنها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى . ثم إن بعض الفضلاء ردّ قول صاحب العناية لرتب هذه الوصية عليها فى قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال : ولعل هنا سهوا ، والعبارة الصحيحة لرتبه عليها انتهى . أقول : إنما الساهى نفسه ، لأن مراد صاحب العناية بهذه الوصية فى قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث . ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لاوصية العباد كما فى قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى ، فإنه تعالى قال فى أول آية المواريث ـ يوصيكم الله فى أولادكم ـ وقال المفسرون : أى يأمركم ويعهد إليكم فى شأن ميراثهم ، ثم قال تعالى فى آخر تلك الآية ـ وصية من الله ـ فلم يكن فى العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه « الثلث والثلث كثير » بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين : يعنى أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم » الخ وإن دل عليه أيضا لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقى مافوقه

والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصية للوالدين ، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها ، وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض ، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين ، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أيّ وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار ، وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة ، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا . وذكر فخر الإسلام وجها آخر وقد قررناه فى التقرير واستدلاله بالسنة ظاهر . وقوله (وعليه) أى على جواز الوصية (إجماع الأمة) وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « بثلث أموالكم » من غير تقييد بإجازة . وقوله (وسنبين ما هو الأفضل فيه) أى فى فعل الوصية أو فى قدر الوصية (ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد بن أبي وقاص) وهو ماروى محمد بن الحسن رحمه الله فى كتاب الآثار قال : أخبرنا

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول : لعل هنا سهوا ، والعبارة الصحيحة : لرتبه عليها (قوله بل بعد : أى وصية كانت نصيبهما) أقول : ولنا فيه بحث ، فإن دلالة ماذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة ؛ وإنما دلالته على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط ؛ بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضا إن وجدت . كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتأمل (قول المصنف : ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد « الثلث والثلث كثير ») أقول : قال النووى : يجوز رفع الثلث ونصبه . فالرفع على أنه

بالكل والنصف ، ولأنه حق الورثة ، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به ، إلا أن الشرع لم يظهره فى حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على مابيناه ، وأظهره فى حق الورثة لأن الظاهر أنه لايتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الإيثار على مانبينه ، وقد جاء فى الحديث

على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لايخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم » الخ لايدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لاصراحة وهو ظاهر ، ولا دلالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف ، وإنما يدل على جواز الوصية بالثلث ، فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تصدّق عليكم بثلث أموالكم » الخ وإن دل عليه أيضا ، ولاوجه لتعليل ذلك بقوله لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقى ما فوقه على الأصل . فإن بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلا ، وإنما هو مقتضى القياس فلامجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث . وقال ذلك البعض : إلا أن لقائل أن يقول : نفى جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث لايدل صراحة على نفى جوازها بما بين النصف والثلث . فالرجوع إلى الأصل فى هذا المقدار ضرورى فى الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى . أقول : هذا أيضا ليس بتام ، لأن نفى جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفى جوازها بما بين النصف والثلث إلاأن قوله عليه الصلاة والسلام « والثلث كثير » بعد إثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوص الثلث ، أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر : أى الثلث كاف ، أو على أنه فاعل محذوف الفعل : أى يكفيك الثلث يدل على نفى الزيادة على الثلث . فإن المراد به أن الثلث كثير لايجوز التجاوز عنه ، إذ لا فائدة فى ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفى جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة ، وقد أشار إليه المصنف فى تقريره حيث قال لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد رضى الله عنه « الثلث والثلث كثير » بعد نفى وصيته بالكل والنصف ، ولم يقل لحديث سعد ، فقول ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل فى هذا المقدار ضرورى فى الاستدلال بحديث سعد أيضا ممنوع (قوله ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافى بأن قال : ولأنه انعقد سبب زوال أملاكه عنه إلى غيره لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه ، فإذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى . أقول : فى هذا التعليل قصور ، لأنه إنما يتمشى فيما إذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما إذا وقعت حال صحته ، إذ لاينعقد سبب الزوال إليهم فى حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله فى حال صحته ، فلا توجب وصيته فى تلك الحالة تعلق حقهم به ، فالأولى فى تعليل هذه المسئلة ماذكره صاحب البدائع حيث قال : ولأن الوصية بالمال إيجاب

أبو حنيفة قال : حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبى وقاص قال « دخل النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى فقلت يارسول الله أفأوصى بمالى كله ؟ قال لا ، فقلت : فبالنصف ؟ قال لا ، قلت : فبالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير ، لاتدع أهلك يتكففون الناس » وفى صحيح البخارى « إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس » . وقوله (وهذا لأنه)ظاهر ، والضمير البارز فى قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء . وقوله(تحرزا عما يتفق من الإيثار) أى احترازا عما يوجد من تأذى البعض وقطيعة الرحم بسبب (إيثار) البعض على البعض على مانبينه) يعنى عند قوله بعد هذا ولا تجوز لوارثه وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية : روى بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم ، وروى الجنف بالجيم والنون

فاعل : أى يكفيك الثلث ، أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه ، والنصب على الإغراء أو على تقدير أعط الثلث (قال المصنف : وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم) أقول : فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافى حيث قال : لأن المرض سبب الموت ، وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه ، فإذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى . وفى مباحث العلة من كتب الأصول

« الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر » وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث . قال (إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولا معتبر بإجازتهم فى حال حياته) لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ، بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ، لأن الساقط متلاش ،

الملك عند الموت ، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا فى قدر الثلث ، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم ، وذلك لايجوز من غير إجازتهم ،وسواء كانت وصيته فى المرض أو فى الصحة لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام ،إلى هنا لفظه تدبر (قوله إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث. قال بعض المتحرين فى شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث : أراد لاتجوز فى حق الفضل على الثلث بل فى حق الثلث فقط ، لا أنه لاتجوز هذه الوصية أصلا . وقال هنا : فإن قلت : كيف يجوزإعمال اللفظ الواحد فى بعض مدلوله دون بعض ، وبأىّ توجيه أمكن ذلك حتى جازت فى الثلث وبطلت فىالفضل إن ردوا ؟ قلت: بجعله فى حكم وصايا متعددة بأن يجعل مثلا قوله أوصيت لفلان بثلثى مالى فى قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ،ويجعل قوله أوصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبألفين إلى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن إلغائه ما أمكن ،وحذرا عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوزتصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فإن هذا مما يهم فهمه انتهى . أقول :حسب أنه أتى بأمر مهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ، ولم يدر أنه إنما ارتكب شططا ، فإن صحة بعض أجزاء شىء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لابحسب العقل ولا بحسب الفقه؛ألا يرى أنهم صرحوا بأنه إذا جمع بين عبد ومدبر فى بيع بصفقة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع فى العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم إليه من المدبر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى الآخر ، وكذا الحال فيما إذا جمع بين الأجنبية وأختها فى النكاح ، والمحذور بحسب العقل إنما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا ، وأما إذا كان متعددا بأن كان محل الصحة بعضا من شىء ذى أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا أصلا ، فلا و لجعل وصية واحدة فى حكم وصايا متعددة بلا أمر داع إليه ، وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء مهما أمكن ، والحذر عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل مما لايدعو إليه أصلا فيما نحن فيه لأن إلغاء الوصية فيما فضل عن الثلث إذا ردّه الورثة ، وإثباتها فى مقدار الثلث ضرورى على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد فىحكم وصايا متعددة أو أبقيت على حالها الظاهرة من كلامه .وبالجملة ماذهب إليه ذلك البعض هنا أمر وهمى لا أصل له كما ترى (قوله لأن الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة :قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردّوه بعد وفاته ، وتقريره لأن إجازتهم فى ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلهاوالساقط متلاش فإجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردّوا بعد الموت ما أجازوه فى حال حياة المورث انتهى . أقول :فيه إشكال . أما أوّلا فلأنه لا وجه لأن يقال : إن إجازتهم فى حال حياة المورث ساقطة ، لأن إجازتهم فى ذلك الوقت غير معتبرة أصلا كما صرح به فيما قبل وبينه ، والسقوط إنما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار فى الأصل لكن زال ذلك لداع ؛ ألايرى أنه لايقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلا . وأما ثانيا فلأنه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكروه بمسئلة أخرى مع دليلها وهى قوله بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ، ولايخفى ركاكته وبعده عن شأن المصنف . والحق عندى

المفتوحتين وهو الميل . وقوله (إلا أن تجيز الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث . وقوله (لأن الساقط متلاش) دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته . وتقريره لأن إجازتهم فى ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلا والساقط متلاش فإجازتهم متلاشية ، فكان لهم أن يردّوا بعد الموت ما أجازوه فىحال حياة الموصى . فإن قيل : لانسلم عدم مصادفة المحل،فإن حق الورثة ثبت فىمال المورث من أوّل المرض حتّى منع عن التصرف فىالثلثين ، فلما مات ظهر أنها صادفت

غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة ، لكن الاستناد يظهر فى حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى . ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق ،

أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم أن يرجعوا عنه : يعنى أن إجازتهم بعد الموت إسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لايعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لايخفى (قوله غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة) وفى بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر فى حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير ، وهى أن حق الورثة وإن ثبت عند الموت إلا أنه يستند إلى أول المرض ، فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغى أن تصير إجازتهم فى حال حياة المورث بمنزلة إجازتهم بعد موته بسبب الاستناد . فأجاب بأن الاستناد إنما يظهر فى حق القائم كما فى العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة فإنها تصح إذا كان المعقود عليه قائما ، وكثبوت الملك فى المغصوب عند أداء الضمان ، وهذا أى ما نحن فيه من الإجازة فى حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر فى حقه الاستناد . هذا خلاصة ما فى عامة الشروح ، وإلى هذا التقرير أشار فخر الإسلام فى مبسوطه كما فصل فى النهاية . وقال صاحب العناية فى تقرير السؤال والجواب هنا : فإن قيل : لانسلم عدم مصادفة المحل فإن حق الورثة ثبت فى مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف فى الثلثين ، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد . أجاب بقوله غاية الأمر : يعنى أن حقهم وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر فى حق القائم يعنى كما فى العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة ، وكثبوت الملك فى الغصب عند أداء الضمان ، فإن الملك يثبت فيهما مستندا إلى أول العقد والغصب ، وهذا يعنى ما نحن فيه من الإجازة قد مضى وتلاشى حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى . أقول : فيه خلل ، فإنه قال فى أول تقرير السؤال : لانسلم عدم مصادفة المحل واستند إلى منع ذلك بقوله فإن حق الورثة ثبت فى مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف فى الثلثين . وقال فى آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المصنف : وهذا قد مضى وتلاشى إذ لم يصادف محله ، وعدم مصادفته المحل هو الذى قد كان منع فى أول السؤال فختم الجواب به مصادرة كما لايخفى (قوله ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء : ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله إذا الحق يثبت عند الموت ، إلا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ماسبق كما لايخفى انتهى . أقول : منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد فى قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق ، فإن المراد به الحق الذى لايجامع الحقيقة وهو الحق الذى يمنع تصرف المورث فى الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل فى تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولأنه حق الورثة إلى آخره ، والمراد بالحق فى قوله فيما سبق آنفا ، إذ الحق يثبت عند الموت هو الحق الجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا . وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فإنما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التى تثبت عند الموت فلا حاجة إلى أن يحمل على

محلها فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد . أجاب بقوله (غاية الأمر) يعنى أن حقهم وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر فى حق القائم : يعنى كما فى العقود الموقوفة إذا لحقها الإجارة ، وكثبوت الملك فى الغصب عند أداء الضمان ، فإن الملك يثبت فيهما مستندا إلى أول العقد والغصب (وهذا) يعنى مانحن فيه من الإجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد . وقوله (ولأن الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله ، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك

أن المرض علة تشبه الأسباب (قال المصنف : ولأن الحقيقة تثبت عند الموت ، وقبله يثبت مجرد الحق) أقول : ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله إذ الحق يثبت عند الموت ، إلا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد ، بخلاف ماسبق كما لايخفى .

فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله ، والرضا ببطلان الحق لايكون رضا ببطلان الحقيقة ،وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ماذكرناه .

ذلك قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق ، بل لا وجه له بالنظر إلى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلو استند من كل وجه لانقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة إلى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت ، وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت . قال صاحب العناية : وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول : حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث فى الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق فى حق إسقاطهم بالإجازة أيضا .وجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق فى ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لايجوز لما مر انتهى . أقول : للمانع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق فى حق إسقاطهم بالإجازة أيضا انقلاب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابه إياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بمال المورث من أول المرض فى كلا الأمرين معا بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا ، إذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهى ولم يقم عليه برهان ، ولهذا وقع على اعتبار إجازتهم قبل الموت أيضا اجتهاد مالك وابن أبى ليلى والزهرى والأوزاعى وعطاء وغيرهم كما ذكروا . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : الوارث إذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين : إما أن لايلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة ، وإما أن لايكون هذا القلب مانعا . أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الإجازة ، فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت

(فلو استند) ملكه إلى أول المرض (من كل وجه لانقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت ، وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث فى الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق فى حق إسقاطهم بالإجازة أيضا . ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق فى ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه ، وهو لايجوز لما مر. فإن قيل : الوارث إذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين : إما أن لايلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة ،وإما أن لايكون هذا القلب مانعا.أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق ، بخلاف الإجازة فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت ، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل ، فنحن بين أمرين : إما أن نبطل العفو عن الجارح نظرا إلى عدم الحقيقة ، وإما أن نجيز الإجازة نظرا إلى وجود الحق وفى ذلك إبطال لأحدهما . فقلنا : لاتجوز الإجازة نظرا إلى انتفاء الحقيقة ،وجاز العفو نظرا إلى وجود الحق ، ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول .وقوله (والرضا ببطلان الحق لايكون رضا ببطلان الحقيقة) جواب عما يقال الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الإسقاطات وفيه لارجوع فكذا فيها .ووجهه أنه قد عرف أن ثمة حقا وحقيقة ، وإنما رضى ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لأن الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب . وقوله (وكذا إن كانت الوصية للوارث) ظاهر .

(قال المصنف : فلو استند من كل وجه) أقول : لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كما فى الكافى لكان له وجه (قال المصنف : ينقلب حقيقة قبله) أقول : فى الملازمة كلام (قوله فلو استند إلى أول المرض) أقول : فيه بحث (قوله فإن قيل : الوارث إذا عفا عن جارح أبيه) أقول : أى جارح خطأ (قوله وإما أن لايكون هذا القلب مانعا) أقول: الأولى: وإما أن لايصلح هذا العفو أو تبديل مانعا بقوله باطلا فتأمل ، فإن لما فى الكتاب وجها ظاهرا ، ثم قوله هذا القلب : يعنى لزوم القلب ، وقوله مانعا : يعنى عن صحة الإجازة (قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول :وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ، ولذلك قال : فنحن بين أمرين الخ (قوله وفى ذلك إبطال أحدهما) أقول : يعنى الحقيقة .

(وكل ماجاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) عندنا ، وعند الشافعي من قبل الوارث ، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصى ، والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن .

ومرض الموت هو المتصل بالموت ، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين : إما أن نبطل العفو عن الجارح نظرا إلى عدم الحقيقة ، وإما أن نجيز الإجازة نظرا إلى وجود الحق ، وفى ذلك إبطال لأحدهما ، فقلنا : لاتجوز الإجازة نظرا إلى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا إلى وجود الحق ، ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول اهـ . أقول : فيه خلل ، لأن قوله فنحن بين أمرين الخ مفرّعا على ما قبله ليس بسديد . أما أوّلا فلأن قوله وإما أن نجيز الإجازة نظرا إلى وجود الحق مما لامجال له بعد أن قرّرفيا قبل أن ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة ، وأن انقلاب الحق حقيقة مانع إذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب ، وإن السبب لم يتحقق فى صورة الإجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت . وأما ثانيا فلأن قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول ، مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر فى الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلا . وبالجملة لامجال لربط قوله فنحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر فى الكتاب أيضا ، فالوجه ترك ذلك والاكتفاء فى الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بأن قال : وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق . وقال : ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ انتهى . أقول : ليس شىء من كلاميه بمستقيم . أما نقضه بالجرح فلأن الجرح فعل واحد صادرعن الجارح لاتكرّر فيه إلى أن يموت المجروح حتى يقال : إن السبب هو الجرح المتصل بالموت ، بل إنما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح ، إلا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل ، وبالموت يظهر أنه قاتل ، بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تتكرّر وتتجدّد إلى الموت ، فالقاتل منها هى التى تتصل بالموت فهى السبب للموت فافترقا . وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ فلأن فاء التفريع تنافى ذلك كما لايخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث)

وقوله (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) ذكره تعريفا على مسئلة القدورى . وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث ، لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتدّ بردّه ، فإجازته تكون إخراجا عن ملكه بغير عوض ، وذلك هبة لاتتم إلا بالقبض . ولنا أن الموصى صدر منه السبب ، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك ، وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصى . وقوله (والإجازة رفع المانع) جواب عن جعل الإجازة إخراجا عن الملك : يعنى أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وإنما هو رفع للمانع . وقوله (وليس من شرطه القبض) ردّ لكونها هبة فكأنه يقول : لوكان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار مانحن فيه ، كالمرتهن إذا أجاز بيع الرهن فى كون السبب صدر من الراهن والملك للمشترى يثبت من قبله ، فإجازة المرتهن رفع المانع . وعورض بأن الوارث إن أجاز الوصية فى مرض موته كان من ثلث ماله ، وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته . وأجيب بأن الوارث كان له حق أسقطه بالإجازة ، وإسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وإن لم يكن تمليكا كالعتق ، والفائدة تظهر فيما إذا أجاز فى مشاع يحتمل القسمة فإن الإجازة صحيحة وتصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ، ولو كان التمليك من جهة الوارث

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول : كيف يكون ردا ، إذ الشافعي يقول : بكون القبض من شرطه

قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث . وقال الشافعي :

قال صاحبا النهاية والعناية : وجه قول الشافعي إن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتدّ برده ، فإجازته تكون إخراجا عن ملكه بغير عوض ، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض انتهى . وهكذا ذكر في الكافي أيضا . أقول : قد قصروا فى تقرير وجه قول الشافعي فى مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذى صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا يتمشى فيما إذا كان ما أجازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما فى صورة إجازته الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث ، فإن الحكم فى تلك الصورة أيضا داخل فى كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعي فيها كما ترى. فالأولى فى بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر فى معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والإجازة لا تعمل فى الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تمليك بلا عوض اهـ فإنه يعم الكل ثم إن الصحيح فى هذه المسئلة قولنا لما ذكر فى الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل ») أقول : لقائل أن يقول : إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى ـ من بعد وصية يوصى بها أو دين ـ وعموم قوله صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم » أو قال « حيث أحببتم » كما مر . ثم إن هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لإطلاق الكتاب قط على ما عرف فى أصول الفقه ، وإن صلح أن يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث الآخر فإنما يتصوّر ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط ، فإذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا فى حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف فى محله ، فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل ؟ قال فى البدائع : قال مالك : تصح الوصية للقاتل ، واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية فى أوّل الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره . ثم قال : ولنا ما روى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا وصية لقاتل » وهذا نص ، ويروى أنه قال « ليس لقاتل شئ » ذكر شيء نكرة فى محل النفى فيعم الميراث والوصية جميعا ، وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى . أقول : ليت شعرى من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ، ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام فى الورود وهو لم يثبت قط ، ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ، ومن الدلائل المذكورة فى أوّل الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولأنه استعجل ما أخّره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال فى العناية : ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما فى الرق واختلاف الدين . وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم فى تركته والموصى له

انعكست هذه الأحكام لكون الإجازة حينئذ هبة . قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية للقاتل » (ولأنه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما فى الرق واختلاف الدين . وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم فى تركته والموصى له يشاركه فى هذا المعنى فجاز القياس عليه ، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ، ولعل التفصى عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا ، وسلوك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي

(قوله لانعكست هذه الأحكام) أقول : كما عند الشافعي (قال المصنف : ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول : فيه تأمل ، فإن هذا مذهب المعتزلة ، والأجل عندنا واحد . والجواب أنا لا نقول : العبد قطع عليه الأجل كما تقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام « الصدقة تزيد فى العمر » (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول : مثلا (قوله وسلوك طريق الدلالة أسهل) أقول : نعم لو ثبت شرط الدلالة ، وذلك محل نظر .

تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا . وعنده لاتبطل . والحجة عليه فى الفصلين مابيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبى حنيفة ومحمد ؛

يشاركه فى هذا المعنى فجاز القياس عليه ، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى . أقول : لا الرد شىء ولا الجواب . أما الأول فلأن التعليل المذكور فى الكتاب لايدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الإرث لايستلزم بطلان الوصية كما فى الصورتين المزبورتين ، بل إنما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ، ولاشك أن هذه العلة غير متحققة فى صورتى الرق واختلاف الدين فلا يجرى هذا القياس فيهما . وأما الثانى فلأن كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم فى تركته ممنوع ، كيف ولو كان الأمر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند إجازة سائر الورثة إياه وتركهم المغايظة ، كما جازت الوصية له عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به . وأيضا لو كان الأمر كذلك لزم أن لايحرم القاتل عن الميراث إذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا . والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة منه وهى القتل بغير حق ، فإنه يستدعى العقوبة بأبلغ الوجوه ، وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث ، والقاتل الموصى له يشاركه فى هذا المعنى ، فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث وإليه أشار المصنف بقوله ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى : يعنى استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ، وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال : ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعى الزجر بأبلغ الوجوه ، وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى . ثم قال صاحب العناية : ولعل التفصى عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة أسهل انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذى كان الحكم لأجله فى المنطوق متحققا فى الملحق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوى ، وتحقق ذلك فيما نحن فيه بطريق المذكور ممنوع على أصل أبى حنيفة ومحمد ، فإن المعنى المقتضى لحرمان القاتل عن الميراث لايتغير ولا يتكسر بإجازة الورثة أصلا ولهذا لايرث القاتل سواء أجازه الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقتضى لحرمانه عن الوصية فإنه يتغير ويتكسر بإجازة الورثة عند أبى حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى فى حق الميراث أقوى منه فى حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة فى شأن الوصية على أصلهما ثم أقول : ههنا احتمال آخر وهو أن لايكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهى ولا الإلحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ؛

رحمه الله : تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لأنه أجنبى منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا ، وعنده لاتبطل والحجة عليه فى الفصلين) يعنى فيما إذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها (مابيناه) يعنى من الحديث فإنه بإطلاقه لايفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ، ومن المعقول الذى ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية ، وأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة . وأجيب بجعل الجارح مستعجلا وإن تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن المعتبر فى كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية ، فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية . واعترض بنقض إجمالى بأن ماذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر إذا قتل مولاه لأن التدبير وصية وهى لاتصح للقاتل . وأجيب بأن عتقه من حيث أن موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ، ولكن يسعى المدبر فى جميع قيمته لأنه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذى لايقبل الرد فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية (ولو أجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند أبى حنيفة ومحمد

(قوله فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن وقت الوصية) أقول : فيه تأمل .

وقال أبو يوسف : لاتجوز) لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها . ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لايرضونها للقاتل كما لايرضونها لأحدهم . قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه . ألا لا وصية لوارث » ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم ولأنه حيف بالحديث الذى رويناه . ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت

ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليله العقلى بلا احتياج إليه فإن استعجال القاتل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعى حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لايتوهم الرد المذكور أصلا وتسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما لايخفى (قوله ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث) أقول : أرى دليلهما هذا ضعيفا جدا ، فإن قوله إن الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الإطلاق ، إذ قد تقرر فيما مرّ أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للأجانب وإن لم يجزها الورثة ، وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشىء للقاتل بدون إجازة الورثة فكيف يتصوّر أن يكون الامتناع فى قدر الثلث أيضا لحقهم . ثم إن تعليل ذلك بقوله لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام ، لأن مجرد عود نفع بطلانها إليهم لو اقتضى كون الامتناع فى الوصية لحقهم لاقتضى كونه فى الإرث أيضا لحقهم ، فلزم أن يجوز إرث القاتل أيضا بإجازتهم عندهما ولم يقل به أحد . قال فى العناية : فإن قيل : ما الفرق بينها وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت فى الوصية دون الميراث . أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه ، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لاصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الكلام هنا ليس فى نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع ، بل إنما الكلام هنا فى أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ، ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث فى كونهما من جهة الشرع نظرا إلى دليلهما ، وفى كونها من جهة العبد نظرا إلى صدور سببهما وهو القتل عن العبد . فما معنى أن تعمل الإجازة التى هى تصرف من العبد فى ارتفاع أحدهما دون الآخر ، وبعبارة أخرى إن الميراث وإن كان من جهة الشرع بدون صنع العبد إلا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل ، فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لايجوز أن تعمل الإجازة فى رفع هذا المانع الذى كان من جهته وبصنعه (قوله ولأنه حيف بالحديث الذى رويناه) قال صاحب العناية : قوله بالحديث الذى رويناه إشارة إلى ماتقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية انتهى . أقول : هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور إذ لم يتقدم من المصنف فى كتاب الهبة ذكر حديث فى حق من خصص بعض أولاده فى العطية ، بل لم يتقدم منه ثمة ذكر تلك المسئلة قط فكيف تتصور الحوالة عليه بها هاهنا . والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذى رويناه هو الإشارة إلى ماذكره فى هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء فى الحديث « الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر » وفسروه بالزيادة

وقال أبو يوسف لايجوز لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها . ولهما أن الامتناع لحق الورثة) إلى آخر ما ذكر فى الكتاب . فإن قيل : ما الفرق بينها وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث ؟ أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه ، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لاصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد . وقوله (ولأنهم لايرضونها) أى الوصية (للقاتل كمالا يرضونها لأحدهم) أى لأحد الورثة ، وفى الوصية لأحدهم إن أجازها البقية نفذت فكذا القاتل . وقوله (ولا تجوز لوارثه) أى لوارث الموصى (لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله أعطى كل ذى حق حقه ، ألا لا وصية لوارث » ولأنه يتأذى البعض إلى آخر ما ذكر فى الكتاب . وقوله (بالحديث الذى رويناه) إشارة إلى ما تقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية . وقوله (يعتبر كونه وارثا غير وارث وقت الموت)

(والهبة من المريض للوارث فى هذا نظير الوصية) لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث ، وإقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف فى الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار .

على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله وإقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : أى على عكس الوصية بتأويل الإيصاء . وقال صاحب العناية : أى على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور . ورد عليه التأويل الثانى بعض الفضلاء بأن قال : الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور فالأولى أو ماذكر انتهى . أقول : رده ساقط لأن الوصية إنما تكون هى المذكورة بتاء التأنيث لا المذكور أن لو كان الألف واللام فى اسم المفعول حرف تعريف . وقد تقرر فى علم الأدب أن الألف واللام فى اسم الفاعل والمفعول عند غير المازنى من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول ، فحينئذ يصير لفظ المذكور فى معنى ماذكر فيعود الضمير المستتر فى اسم الفاعل والمفعول إلى الموصول الذى هو الألف واللام ، ولا يلزم إلحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث فى لفظ ذلك الموصول ، فإنه فى اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث أيضا ككلمة «ما» وكلمة «من» كما صرحوا به . نعم يجوز إلحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية ، لكن الأمر فى كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر فى جواز تذكير الصلة نظرا إلى لفظ الموصول وجواز تأنيثها نظرا إلى المعنى المراد بالموصول . وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤنث الذى عبر عنه بضمير المذكر أو باسم الإشارة المذكر فى مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل فى التفاسير أيضا بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق

ذكر فى فتاوى قاضيخان : ولو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لأنهم لا يرثون مع الابن فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب وللأخ لأم ، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرثه مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للأخ لأب لأنه لا يرثه ، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه . وقوله (وإقرار المريض للوارث على عكسه) أى على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور : أى يعتبر فى الإقرار للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت . ذكر فى النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثا بسبب حادث . وأما إذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا . ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الإعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الإقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث . ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل إقراره عندنا ، لأنه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل ، هذا حاصل ما ذكره . وأرى أن إطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل ، وذلك لأنه قال يعتبر فى إقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الإقرار والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروما فلا يكون إقرارا للوارث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الإقرار وإن كان محجوبا ، والإقرار للوارث باطل .

(قوله بتأويل الإيصاء أو المذكور) أقول : الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور ، فالأولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب صح الإقرار) أقول : قوله أقر لابنه العبد الذى ليس عليه دين . قال فى الكافى فى فصل فى اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق فى المرض ، وإذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فأسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله ، أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت ، وأما الإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا ، وذلك كمن أقر لأخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والأخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى . ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمله (قوله وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم) أقول : فيه بحث ، فإنه يقتضى أن لا تجوز الوصية للأخ ولا الإقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل ، فإن مراده فيكون وارثا عند الإقرار بالتبين . وأما إذا لم يمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح .

قال (إلا أن تجيزها الورثة) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ، ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم ؛

ثم إن كان المراد بقولهم بتأويل المذكور فى أمثال هذا المقام أن يقال بتأول الشىء المذكور على آن يقدر الموصوف المذكر كان الأمر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية. ثم إن الشراح قاطبة قالوا فى تفسير قول المصنف وإقرار المريض للوارث على عكسه: أى يعتبر فى الإقرار للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت . وقال صاحب النهاية بعد ذلك : إن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثا بسبب حادث ، وأما إذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ، ثم بين ذلك فى مريض أقرّ لابنه العبد فأعتق فمات الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الإعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه ، فهذا الإقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث . ولو أقرّ لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل ، هذا حاصل ما ذكره. وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر فى النهاية على الوجه المزبور. وأرى أن إطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال : يعتبر فى إقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الإقرار ، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروما فلا يكون إقرارا للوارث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الإقرار ، وإن كان محجوبا والإقرار للوارث باطل انتهى . أقول : فيه نظر لأن مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم ، وليس بسديد ، إذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به فى قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضا ذلك ، وإلا لم يتم قوله وإقرار المريض للوارث على عكسه ، فإن أمر الانعكاس إنما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ، ولو كان المراد بالوارث هناك أيضا ذلك لفسد المعنى ، إذ لا يخفى أن الموصى له إذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصى تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الإمام قاضيخان فى فتاواه ، ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لأنهم لا يرثون مع الابن ، فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب والأخ لأم ، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للأخ لأب لأنه لا يرثه ، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه انتهى . فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الإرث بالفعل بأن لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج إلى التقييد فى صورة الإقرار بما ذكره صاحب النهاية . ثم إن صاحب الغاية ردّ على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال : وذكر فى وصايا الجامع الصغير : لو أن المريض أقرّ لابنه بدين وهو نصرانى أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل ، لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التى صار بها وارثا فى ثانى الحال . ثم قال : : فمن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم فى شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال : أقرّ لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الأب وهو من ورثته فإقراره بالدين جائز لأن كسب العبد لمولاه ، فهذا الإقرار حصل من المريض فى المعنى للمولى وهو أجنبى منه اهـ. أقول : الساهى هنا صاحب الغاية نفسه ، لأن ذلك البعض الذى نسب السهو إليه ، فإن المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الإقرار فى فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتى . واعترف صاحب الغاية أيضا ثمة بأن الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هناك نقلا عن كتاب الإقرار ، فما قاله هنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى . نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو ، فإنه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الإقرار ، ومثل هذا ليس بعزيز فى كلمات الثقات . ثم إن تاج الشريعة بعد أن فسر قول المصنف

وقوله (إلا أن تجيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم « ألا لا وصية لوارث » . وقوله (ولأن الامتناع لحقهم) أى لحقهم الذى هو تأذيهم بإيثار البعض دون البعض ، وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا أو لم يجيزوا لأنه لا حق لهم فى الثلث كما فى الوصية للأجنبى

ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل فى حق الراد . قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالأول لقوله تعالى ـ لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ـ الآية . والثانى لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفى الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) لقوله تعالى ـ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين ـ الآية .

وإقرار المريض للوارث على عكسه بقوله : أى يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الإقرار لازمان الموت . قال : فلو كان وقت الإقرار وارثا لايصح الإقرار وإن لم يكن وارثا زمان الموت ، ولو لم يكن وقت الإقرار وارثا صح الإقرار وإن صار وارثا زمان الموت ، لأن الإقرار إيجاب فى الحال ولهذا يملكه المقر له فى الحال ويصح رده فى الحال انتهى . أقول : فيه بحث ، فإن قوله فلو كان وقت الإقرار وارثا لايصح الإقرار وإن لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه مانص عليه الإمام قاضيخان فى فتاواه فى فصل إقرار المريض من كتاب الإقرار حيث قال : ولو أقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بأن أقر الأخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح إقراره انتهى . ثم إن لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال فى بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة من الإطناب الممل (قوله قال ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) قال فى الكفاية : أراد به الذمى بدليل التعليل ، ورواية الجامع الصغير أن الوصية لأهل الحرب باطلة انتهى . أقول : فيه أن قوله ويجوز أن يوصى المسلم للكافر لفظ القدورى والتعليل ورواية الجامع الصغير إنما هما من كلام المصنف ، فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلا على إرادة القدورى بالكافر الذمى دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه ، على أن المراد بأهل الحرب فى رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستأمن ، لأن لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربى هو فى دارهم باطلة كما ذكر فى الكافى وغيره فبقى الحربى المستأمن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير ، فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر فى لفظ الكتاب هو الذمى دون مايعم الحربى المستأمن ، وقد صرح فى المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصى المسلم للحربى المستأمن فى ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصى للذمى . نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذى ذكره المصنف بالذمى دليلا على حمل المصنف مراد القدورى بالكافر على الذمى ، وإن لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدورى بذلك فى نفسه هو الذمى . وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التى تختص بالحربى الغير المستأمن فلا يكون دليلا على حمل المصنف أيضا إياه على الذمى فقط كما لايخفى (قوله وفى الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) قال شراح الجامع الصغير : ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ، فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لاينبغى أن يفعل ، وإن فعل جاز وثبت الملك لأنهم من أهل الملك انتهى .

قوله (ولو أجاز بعض) ظاهر . قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) وصية المسلم للكافر الذمى وعكسها جائزة ، فأما الأول فلقوله تعالى ـ لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ـ الآية ، نفى النهى عن البر إليهم ، والوصية لهم بر إليهم فكانت غير منهية . وأما الثانى فلما ذكره فى الكتاب . وأما الوصية لأهل الحرب ففى رواية الجامع الصغير باطلة ، وقالوا فى شروح الجامع الصغير : إنه ذكر فى السير الكبير مايدل على جواز الوصية لهم . ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لاينبغى أن يفعل ، وإن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من أهل الملك . وأما وصية الحربى بعد مادخل دارنا بأمان فإنها جائزة ، لأن له ولاية تمليك ماله فى حياته فكذا بعد وفاته ، خلا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله ، لأن منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لأنه

(قال المصنف : والثانى لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات) أقول : لااختصاص لهذا الدليل بالثانى ، بل يعم الأول أيضا (قوله وإنما جعل هذا التصديق أفضل (١)) أقول : فيه بحث .

---

(١) ليست هذه القولة بنسخ الشرح التى بأيدينا ، اه مصححه .

قال (وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل) لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لايعتبر قبل العقد . قال (ويستحبّ أن يوصى الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لأن فى التنقيص صلة القريب بترك ما له عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ،

واقتفى أثرهم صاحب الكافى وشراح هذا الكتاب . أقول : والإنصاف أن لفظة باطلة فى عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جدا ، إذ قد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لايفيد الملك ، بخلاف الفاسد منها فإنه يفيد الملك عند تحقق القبض ، فلو كان المذكور فى الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس . ثم أقول : لعل الحق هنا رأى صاحب المحيط ، فإنه لم يقبل قولهم ذكر فى السير الكبير مايدل على جواز الوصية للحربى ، بل نقل ما ذكر فى السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربى حيث قال : وفى شرح الطحاوى قالوا : وذكر فى السير الكبير مايدل على جواز الوصية للحربى . واختلف المشايخ فيه : منهم من وفق بين ماذكر فى الأصل وبين ماذكر فى السير الكبير فقال : لاينبغى للمسلم أن يوصى للحربى كما ذكر فى الأصل ، ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر فى السير الكبير . ومنهم من قال فى المسئلة روايتان ، هكذا قالوا . والمذكور فى السير الكبير أن الوصية للحربى باطلة ، والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لاتجوز فإن خرج الحربى الموصى له إلى دار الإسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شىء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل إجازة الورثة فيها ، فقد نص على عدم الجواز فى أصل المسئلة ونص على البطلان فى الفرع وأنه دليل على بطلانها ، إلى هنا لفظ المحيط فتأمل . ثم إن صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المارّ الذكر فى عامة الكتب وعزاه إلى الكافى والنهاية قال : أقول لايخفى بعده ، بل وجه التوفيق مايدل عليه قول الجامع الصغير وهو فى دارهم فإنه احتراز عن حربى ليس فى دارهم وهو المستأمن ، فإن الحربى مادام فى دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فإنه ليس كذلك ، وهو المراد مما ذكر فى السير الكبير ، انتهى كلامه . أقول : هذا كلام عجيب ، فإن لفظ السير الكبير على مانقله صاحب المحيط : لو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لايجوز انتهى، فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر فى السير الكبير (قوله وقبول الوصية بعد الموت ، فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين : لايخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغى أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسئلة استحباب الوصية بما دون الثلث اهـ . أقول : خبط ذلك القائل فى تحريره هذا خبط عشواء ، لأن بيان وقت القبول إن كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغى أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت ، لأن الذى ينبغى أن يقدم إنما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور ، فيلزم أن يكون الذى ينبغى عكس ماذكره وذلك عين ما وقع فى كلام المصنف ، فكأنه أراد أن يقول : لايخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخبط فى تحريره حيث عكس الأمر (قوله ويستحبّ أن يوصى الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لأن فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول : لقائل أن يقول : كما أن فى التنقيص صلة القريب كذلك فى التكميل

معصوم عن الإبطال وورثة الحربى ليست كذلك . وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ماذكره فى الكتاب ظاهر ، والقبول ليس بشرط لصحة الوصية ، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموصى له ، والوصية شبه بالميراث من حيث أنها تملك بالموت ، وشبه بالهبة من حيث أنها تملك بتمليك الغير ، فاعتبرنا شبه الهبة فى حق القبول مادام ممكنا من الموصى له فقلنا : لاتملك قبل القبول ، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا إنه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الإمكان . وإن مات الموصى له من غير ردّ وقبول فقد ذكر فى الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبلوا فى الاستحسان . وقوله (ويستحب أن يوصى الإنسان) واضح . وحاصله أن التقليل فى الوصية أفضل ، وإليه الإشارة فى قوله « إنك أن تدع عيالك »

لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها ؟ قالوا : إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح » ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا ،

صدقة على الأجنبى . وفيما إذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم ، فالصدقة أولى من الهبة كما سيجىء التصريح به فى تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم . فينبغى أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما إذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا . والجواب أن فى التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها ، وفى التكميل زيادة الصدقة لا أصلها لتحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل ، ففى اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها : أى بالكلية ، وليس فى التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها ، فكان فى اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب ، وفى اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهى فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما معا أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول : ولقائل أن يقول : قد حكم فيما مرّ آنفا بأن الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، ولا شك أن المستحب هو الذى كان فعله أولى من تركه فما معنى الترديد هنا بأن الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا إن كانت الورثة فقراء الخ . والجواب أن الاستحباب فى قوله سابقا ويستحبّ أن يوصى الإنسان بدون الثلث ليس بناظر إلى قوله أن يوصى الإنسان بل إلى قوله بدون الثلث : أى مصبّ الإفادة فى ذلك الكلام قيده لا نفسه ، فمآل معناه إلى أن التنقيص عن الثلث فى الوصية مستحب مطلقا ، وهذا إنما يقتضى أن يكون التنقيص من الثلث فى الوصية أولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف فى تعليله : لأن فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، وهذا المعنى لاينافى أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضا فى بعض الصور ، فبين المصنف ذلك بما قالوا : إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى ، فلم يكن ترديده وتفصيله هاهنا مخالفا لما سبق آنفا ، بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله . هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ») والكاشح : العدو الذى أولى كشحه ، وهو مابين الخاصرة إلى الضلع . وقيل الكاشح : هو الذى أضمر العداوة فى كشحه . وإنما جعل هذا التصدّق أفضل لأن فى التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : فيه شىء ، وهو أن الحديث حينئذ إنما يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب ، وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال : هذا الحديث لايفى بتمام المدعىّ ولذلك لم يصدّره بأداة التعليل ، إلا أن قوله ولذلك لم يصدره بأداة التعليل لايجدى نفعا ، لأن ذلك الحديث فى مقام التعليل هنا سواء صدره بأداة التعليل أو لم يصدره بها ، ولهذا صدره صاحب الكافى باللام حيث قال : لقوله عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح » ثم إن بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور وإصلاح المقام فقال فى شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب : هذا قياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهى وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيما دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح »

الحديث ، ومعناه ورثتك أقرب إليك من الأجانب ، فترك المال لهم خير من الوصية ، وهو مروىّ عن أبى بكر وعمر قالا : لأن يوصى بالخمس أحب إلينا من أن يوصى بالربع ، ولأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصى بالثلث . والكاشح : العدوّ الذى ولى كشحه ، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع . وقيل الكاشح : الذى أضمر العداوة فى كشحه ، وإنما جعل هذا التصدق أفضل لأن فى التصدّق

(قال المصنف : وقد قال النبى عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح) أقول : هذا الحديث لايفى بتمام المدعى ولذلك

وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي ، والترك هبة من القريب والأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى . وقيل فى هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين . قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لزفر ، وهو أحد قولى الشافعى . هو يقول : الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ، ثم الإرث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية . ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهذا لايرد الموصى له بالعيب ، ولا يرد عليه بالعيب ، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله . أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول . قال (إلا فى مسئلة واحدة وهى أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته) استحسانا ، والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد إيجاب البائع . وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لايلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له . فإذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات قبل الإجازة .

فإنه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح . وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم منها على غير ذى الرحم انتهى . أقول : ليس ذاك أيضا بتام فإنا إن أغمضنا عن منع قوله فإنه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح نمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم على غير ذى الرحم ، فإن تخصيص الكاشح بذى الرحم إنما يدل على أن يكون التصدق على ذى الرحم تأثير فى أفضلية الصدقة ، كما أن لكونه كاشحا تأثيرا فيها ، ولا يلزم منه أن يكون التصدق على ذى الرحم الغير الكاشح أفضل من التصدق على غير ذى الرحم الكاشح ، لأن فى كل منهما انتفاء أحد سببى الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف ، فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل تقف (قوله وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبى ، والترك هبة من القريب والأول أولى) أقول : لمانع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبى مطلقا ، إذ الأجنبى الموصى له قد يكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر (قوله ولهذا لايرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية : صورة الأول أن يشترى المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لايرده على بائعه . وصورة الثانى أن يوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى . أقول : فى تصوير الثانى بما ذكر نظر ، لأن الموصى إذا باع شيئا من الموصى به يصير راجعا عن وصيته كما سيجىء تفصيله عن قريب ،

عليه مخالفة النفس وقهرها . وقوله (والموصى به يملك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا . وقوله (ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشترى المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لايرده على بائعه (ولا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشترى به عيبا لايرده على الموصى له ، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد فى الصورتين جميعا كما فى الوارث . وقوله (ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله) لئلا يعود على موضوعه بالنقض ، وذلك لأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر ، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه ، وأمثال ذلك كثيرة . وقوله (إلا فى مسئلة واحدة) استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول : يعنى إلا فى مسئلة واحدة ، فإنها تملك بدون القبول .

لم يصدره بأداة التعليل (قوله ثم باع شيئا من التركة) أقول : أى باع الموصى (قوله لايرده على الموصى له) أقول : بعد موت الموصى

قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لأن الدين يقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرّع ، وأبدا يبدأ بالأهم فالأهم . (إلا أن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها . قال (ولاتصح وصية الصبيّ) وقال الشافعي : تصح إذا كان فى وجوه الخير لأن عمر رضى الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافاع وهو الذى راهق الحلم ، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى ، ولو لم تنفذ يبقى على غيره . ولنا أنه تبرّع والصبىّ ليس من أهله ، ولأن قوله غير ملزوم وفى تصحيح وصيته قول بإلزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ،

فى الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية ردّ المشترى ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب لرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية إثبات ملك جديد فلا يتم التقريب(قوله ومن أوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرّع) أقول : هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فإنها واجبة على ماصرحوا به . فالأولى فى التعليل البسط بأن يقال : لأنه حق العبد وأداؤه فرض ، والوصية تكون بطريق التبرّع فى الغالب وقد تكون بطريق الوجوب ، وذلك فيما إذا كانت لأداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفائتة كالحج والزكاة ونحوهما ، وأيا ما كان يقدم الدين عليها. أما فى الشق الأول فظاهر لأن أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لامحالة . وأما فى الشق الثانى فلأن الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف فى محله (قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا) يعنى كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ، ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشىء باسم ما كان عليه كذا فى العناية وغيرها (أو كانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية : وفيه نظر عندى ، لأنه صرح الراوى بأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه ، وكيف يحتمل أن يقال إنه كان أدرك لكن سمى غلاما مجازا لأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم انتهى . وردّ صاحب العناية حاصل نظره . والجواب عنه حيث قال : وردّ بأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية فى التجهيز وأمر الدفن ؟ وأجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله بمعناه ، وقوله أنه أوصى لابنةعم له بمال لاينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه . أقول : ليس ذاك الجوب

وقوله (لأن الدين مقدم على الوصية) يعنى فى الحكم . فإن قيل: هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى ـ من بعد وصية يوصى بها أو دين ـ فالجواب ما ذكرناه فى مختصر الضوء فى الفرائض . قال (ولا تصح وصية الصبىّ) كلامه واضح . وقوله (ولو لم تنفذ تبقى على غيره) يعنى إذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فإنه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ، ولو لم تنفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية أولى . وقوله (والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعنى كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ، ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشىء باسم ما كان عليه ، أوكانت وصيته فى تجهيزه وأمر دفته . وردّ بأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية فى التجهيز وأمر الدفن ؟ وأجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله بمعناه .

(قال المصنف : فإنه فرض والوصية تبرع) أقول: فيه أن بعض الوصايا واجبة ، كالوصية بالحج والزكاة ، فالدليل قاصر كما لايخفى (قوله ورد بأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاما ، إلى قوله : نقله بمعناه) أقول : الرد للإتقانى ، وفى شرح الوجيز للرافعى فى وصية الصبى المميز وتدبيره قولان أرجحهما عند الأستاذ أبى منصور أنهما صحيحان لما روى أن غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين

وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه ، والمعتبر فى النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لايملكه ولا وصيه وإن كان يتفق نافعا فى بعض الأحوال ، وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة ، وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما فى الطلاق والعتاق ،

بسديد . أما أولا فلأنه إذا كان لفظ اليافع فى الأثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد فى ذلك الأثر بل غير واقع فى أصل القصة ، فلو كان الراوى نقله بمعناه الحقيقى لزم أن يكذب فى نقله ولا يخفى ما فيه . وأما ثانيا : فلأن قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لاينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جدا ، فإن معنى أوصى له بمال ملكه إياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لايكاد أن يكون ملكا لغيره كما لايخفى . نعم لو كان المروى فى الأثر أنه أوصى إلى ابنة عم له بكلمة إلى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافى ، لأن معنى أوصى إليه جعله وصيا فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته فى تجهيزه وأمر دفنه ، ولما كان المروى فى ذلك أنه أوصى لابنة عم له بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه) قال فى العناية : قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى ، وقوله كما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة عن القريب الخ ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك فى الثواب أو تساويهما فيه انتهى . أقول : فيه إشكال ، لأنه إن أراد أن قوله لما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة إلى آخره : أى إلى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ماينتهى عند قوله وإن كانوا أغنياء يلزم أن لايتم كلام المصنف هنا فإنه إنما يتمشى فى صورة إن كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى ، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى فى صورة إن كانوا أغنياء ، ويلزم أن لايصح قول الشارح فإنه يفيد إما أفضلية الترك فى الثواب أو تساويهما فيه إذ الأفضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد ، وإن أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة إن كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لايجرى كلام المصنف هنا ، وكلام الشارح أيضا فى صورة إن كانوا أغنياء إلا على القول الضعيف المذكور

وقوله (أنه أوصى لابنة عم له بمال (١)) لاينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه . قال الطحاوى : والاحتجاج بهذا الأثر لايصح من الشافعى لأنه مرسل ، لأنه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر ، وعندنا المرسل وإن كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاث » وفيه نظر ، لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه . وقال ابن حزم : هو مخالف لقوله تعالى - وابتلوا اليتامى - الآية ، فإنها تدل على أن الصبى ممنوع عن ماله . وقوله (وهو يحرز الثواب) جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى . وقوله (كما بيناه) إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك فى الثواب أو تساويهما فيه . وقوله (والمعتبر فى النفع والضرر) تنزل فى الجواب كأنه يقول : سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها ، لكن المعتبر فى النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة ، ألا ترى أن الطلاق لايصح منه وإن أمكن أن يكون نافعا بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج بأختها الموسرة

فأوصى لبنت عم له وله وارث ، فرفعت القضية إلى عمر فأجاز . وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة ، ولأن الوصية لاتزيل ملكه فى الحال وتفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات ، وبهذا القول قال مالك وأحمد . والثانى وهو الأظهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة إنهما باطلان كهبته وإعتاقه ، وذلك لأنه لاعبارة له ولهذا لايصح بيعه وإن كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله إنه أوصى لابنة عم له بمال لاينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول : لو أريد ذلك لقيل إلى ابنة عم له (قوله وهو مخالف لقوله تعالى - وابتلوا اليتامى - الآية) أقول : هذه الآية فى أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول : فيه بحث ، فإن التساوى فيه ضعيف ، ولذلك أورده المصنف بصيغة التمريض (قوله كأنه يقول : سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول : فيه بحث ، فإن الوصية نوع

---

(١) هذه العبارة ليست بنسخ المتن التى بأيدينا اهـ مصححه .

بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه . قال (ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء) لأن ماله لايقبل التبرّع ، وقيل على قول أبي حنيفة لاتصح . وعندهما تصح ردّا لها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهوحرّ ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف فى موضعه . قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية)أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين صالح خليفة فى الإرث فكذا فى الوصية إذ هى أخته ،

هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أوّلا وهو كون الوصية أولى من تركها . وبالجملة لايخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال . قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل مافى العناية : وفيه أن التساوى مبنى على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة إليه فى المقصود انتهى . أقول : إن قوله ولا حاجة إليه فى المقصود ليس بصحيح . إذ لا أفضلية للترك فى صورة إن كانت الورثة أغنياء . بل الأفضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرّر فيما سبق ، والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعى ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى . ولا ريب أن ذلك المقصود لايحصل بقول المصنف هنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته فى صورة إن كانوا أغنياء إلا بالتشبث بالقول الضعيف فى تلك المسئلة وهو تساوى الوصية وتركها إذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر إحراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة إلى ذكر التساوى ليتم الجواب بالنظر إلى تلك الصورة أيضا . وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما فى العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ، لاحاجة إليه فى المقصود حيث قال : فيه بحث ، فإن التساوى فيه ضعيف ، ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التمريض انتهى (قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أى وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة وبالحمل كما إذا أوصى بما فى بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود فى البطن وقت الوصية له أو به بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من

الحسناء لكون ذلك من العوارض ، والوصية فى الأصل تبرّع والصبى ليس من أهله . وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعنى إذا قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فثلث مالى وصية يصح (لأن أهليتهما مستتمة) أى تامة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوط المانع . وقوله(ولا تصح وصية المكاتب) يعنى تنجيزه لأن الإضافة إلى العتق صحيحة كما مرّ آنفا . وقوله (والخلاف فيها معروف عرف فى موضعه) يعنى فى باب الحنث فى ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير ، وما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهوحر فعتق فملك لم يعتق عند أبى حنيفة وعتق عندهما . لهما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك كامل قابل للإعتاق وهو ما بعد الحرية . ولأبى حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك : أحدهما ظاهر وهو ما قبل الإعتاق . والثانى غير ظاهر وهو مابعد الإعتاق فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر . وقوله (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة (وبالحمل) كما إذا أوصى بما فى بطن جاريته ولم يكن من المولى إذا علم أنه ثابت ، موجود فى البطن وقت الوصية له أو به ؛ ومعرفة ذلك بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ماذكره الطحاوى واختاره المصنف وصححه الإسبيجابى فى شرح الكافى ، ومن وقت موت الموصى على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الأول) وهو الوصية للحمل (فلأنها استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة فى بعض ماله) بعد موته لا أنه يملكه فى الحال والاستخلاف يصلح له الجنين إرثا فكذا وصية لأنهما أختان . فإن قيل : لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده

مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتأمل (قال المصنف وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر) أقول : هذا إذا لم تكن المرأة التى أوصى بحملها معتدة ، فإنها حينئذ إذا ولدت لأقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده فى البطن حين الوصية أو حين موت الموصى فى كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول : صاحب الكافى أيضا .

إلا أن يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ، بخلاف الهبة ، لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئا .

وقت الوصية على ماذكره الطحاوى وصححه الإسبيجابى فى شرح الكافى واختاره المصنف ، أو من وقت موت الموصى بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت موته على ماذكره الفقيه أبو الليث فى باب الوصايا والإمام الإسبيجابى فى شرح الطحاوى واختاره صاحب النهاية ، هذا زبدة مافى العناية وغاية البيان . قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال : أقول : ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف فى أنه هل يكفى فى صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصى ، أو لابد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لاوقت الوصية أيضا لأنها تمليك بعد الموت فلابد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيجاب بدليل ماذكره الإمام قاضيخان ، وسيجىء أيضا أنه لو قال أوصيت بثلث مالى لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك ، وبدليل ماذكره صاحب المحيط نقلا عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ، فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية فى المسئلة اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره ، وهى أن المفهوم عرفا ولغة إذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا فى بطنها وقتئذ لأن المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الوقت ، إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : فيه اختلال فاحش ، فإن قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع ، كيف وقد وضع فى المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الإيجاب فى الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى أووجوده يوم الوصية ، وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به إذا كان معينا يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية ، حتى أن من أوصى لإنسان بعين لايملكه ثم ملكه يوما من الدهر لاتصح الوصية ، وإذا كان العين الموصى به فى ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى إذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به . فلو قال أوصيت لك بثلث غنمى أو بشاة من غنمى وليس فى ملكه غنم يوم الوصية لاتصح الوصية ، حتى لو وجدت للموصى أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لايكون للموصى له من الأغنام الحادثة شىء ، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى . فإذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فإن ثلث ماله الذى اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصيه بالمال الموجود يوم الوصية حتى لاتبطل بهلاكه اهـ . فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الإيجاب فى أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لاوقت الموت ، فلا معنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما : أى وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لاوقت الوصية أيضا . وقوله فى تعليل ذلك لأنها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيجاب ليس بتام ، لأن سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب ، كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ، ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على مامرّ من قبل ، وقوله بدليل ما ذكره الإمام قاضيخان ، وسيجىء أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك ليس بصحيح ، لأن ذلك إنما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما هو الحال فى قوله أوصيت بثلث مالى لفلان لا فيما إذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه ، وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره فى شرح تلك المسئلة التى ستجىء

أجاب بقوله (إلا أنه) أى فعل الوصية أو الإيصاء (يرتدّ بالرد لما فيه من التمليك) دون الميراث لعدم ذلك فيه . وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل : يعنى أن الهبة للحمل لاتصح (لأنها تمليك محض) والجنين ليس بصالح لذلك لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض (ولا قدرة لأحد عليه ليملكه شيئا) يحصل الملك فيه بالقبض .

وأما الثانى فلأنه بعرض الوجود ، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ،

فى الكتاب : هذا إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما فى اسم المال ، وأما إذا كان معينا فى نوع من المال فالحكم بخلافه . ونقلوا عن الذخيرة مانقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفا . وقوله وبدليل ماذكره صاحب المحيط نقلا عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام ، لأن ماذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية . ولا يلزم منه أن يكون الجواب فى غير ظاهر الرواية أيضا كذلك سيما عند الطحاوى ، فمن أين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع : ثم يعتبر ذلك من وقت الموت فى ظاهر الرواية ، وعند الطحاوى من وقت وجود الوصية انتهى . وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية فى المسئلة التى اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره ، وهو أن المفهوم عرفا ولغة إذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا فى بطنها وقتئذ لايكاد يصح ، إذ لانسلم جدا أن المفهوم عرفا ولغة إذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا وقتئذ ، بل يكفى كونه موجودا وقت موت الموصى لثبوت حكم الوصية عند موته ، وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لايتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ، ولا ينبغى أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شىء من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا . وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الوقت تحكم بحت ، بل المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها . وأما كون ثبوته فى وقت الوصية أو فى وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ ، وإنما المعين له شىء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين ، وقد بينه صاحب البدائع بأن قال : وجه ما ذكره الطحاوى أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده . ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها فى الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى . ثم إن ذلك البعض قال : واعلم أن فى كلام صاحب الكافى هنا اضطرابا لأنه دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما : أى فى الموصى له وبه . وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لى وجهه انتهى . أقول : إن صاحب الكافى . قال فى أول كلامه : وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ، ثم قال فى آخره : وأما الثانى فلأنه تجرى فيه الوراثة فتجرى فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى . فيجوز فيه الوجهان : أحدهما أن يكون المضاف مقدرا فى قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ، ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصى فيوافق أول كلامه آخره ، وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ماذكر فى المبسوط . وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفا لأوله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين فى تعيين أول المدة التى يعلم فيها وجود الحمل فى البطن ، وقد خفى على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال : لم يظهر لى وجهه . ثم إنه أخطأ فى قوله وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ، فإن الذى فى آخره إنما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه : وأما الثانى ولا ريب أن الثانى فى قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل . ثم إن الزيلعى قال فى شرح الكنز : وذكر فى الكافى ما يدل على أنه إن أوصى له يعتبر من وقت الوصية ، وإن أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى . أقول : ليس ذلك أيضا بسديد ، لأن عبارة الكافى فى أول الكلام هكذا : وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ، ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل ، فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له . نعم ماذكره صاحب الكافى فى آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما إذا أوصى بالحمل ، وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص مابيناه آنفا من أحد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثانى فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية : فى شرح هذا المحل : وأما الثانى وهو الوصية به فلأنه

(وأما الثانى) وهو الوصية به (فلأنه) أى الحمل (بعرضية الوجود) ، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ،

وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا تصح فى غير الموجود كالثمرة فلأن تصح فى الموجود أولى . قال (ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) لأن اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق

أى الحمل بعرضية الوجود ، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ، فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة انتهى . أقول . فيه خلل ظاهر ، فإن زيادة قوله أو الموت فى قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضى أن لايصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة ، إذ على تقدير أن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى لايعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما إذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ، وهذا مما لاسترة به (قوله ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا ، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها) أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل ينتقض بصورة البيع ، فإنه إذا باع جارية إلا حملها فسد البيع مع إمكان جريان هذا التعليل هناك أيضا . لايقال : إنما فسد البيع لأصل وهو أن مالايصح إفراده بعقد لايصح استثناؤه من ذلك العقد والحمل مما لايصح إفراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ، بخلاف الأمر فى الوصية : فإن إفراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه منها كما سيأتى فى التعليل الثانى . لأنا نقول : ذلك الفرق موجب التعليل الآتى وكلامنا فى هذا التعليل الأول فلا معنى للخلط . ثم إن صاحب العناية قال فى شرح أول هذا التعليل : لأن اسم الجارية

فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجود وقت الوصية لامحالة . ولقائل أن يقول : فى كلام المصنف تناقض ظاهر لأنه لايعلم وجود شىء إلا بعد أن يكون موجودا ، وإذا كان موجودا لايكون بعرض الوجود . والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ، ومعنى قوله إذا علم وجوده تحققه وكونه فى بطن الأم فاندفع التناقض . وقوله (وبابها أوسع لحاجة الخ) وإن اختلج فى ذهنك تناقض آخر بين سعيه لإثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها فى غير الموجود ، فالجواب ستسمعه إن شاء الله تعالى . وقوله (ومن أوصى بجارية) يعنى من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لأن اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا) لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل فى الموضوع وما لايتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها ، وفيه إشارة إلى مايقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل ، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل ، وذلك لأن اسم الجارية يتناولهما . فإن قيل : كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظى لايرد على مالا يتناوله اللفظ . فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية ، كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرسا ، فإن الوصية فى الألف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فإنه لم يكن داخلا . فإن قيل : لانسلم أن اسم الجارية لايتناول الحمل فإنه لو لم يستثن استحقه الموصى له ، ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله . اجاب بقوله ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا : يعنى أنه لم يتناوله بالعموم بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الإفراد ، فإذا أفرد الأم لم يبق مطلقا بل تقيدت الأم بالإفراد

(قوله فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت ، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة) أقول : فيه بحث ، فإنها إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من موت الموصى لايعلم وجود الحمل وقت الوصية ، إذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو أزيد فليتأمل (قوله والجواب ستسمعه) أقول : فى آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم (قوله ولا هو داخل فى الموضوع) أقول : عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لايتناوله اسم الجارية صح استثناؤه) أقول : الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لايخفى على من يعرف معنى الاستثناء ، ثم قوله صح استثناؤه : يعنى لتقرير الملك (قوله لأن اسم الجارية يتناولهما) أقول : إن أراد مقصودا فليس كذلك ، وإن أراد تبعا فالحمل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرسا) أقول : فيه بحث ، فإنه صرح فى كتاب الإقرار أن ما لايتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لايصح استثناؤه لأن الاستثناء تصرف لفظى ، ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح فى الإقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من

بالإطلاق تبعا . فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه ، وهذا هو الأصل أن مايصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه ، إذ لافرق بينهما ، وما لايصح إفراده بالعقد لايصح استثناؤه منه ،وقد مرّ فى البيوع . قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) لأنه تبرّع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه فى كتاب الهبة ،ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما فى البيع . قال (وإذا صرّح بالرجوع أوفعل مايدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر ،وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت ،وصاركالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ، ثم كل فعل لو فعله الإنسان فى ملك الغير ينقطع به حق المالك ،فإذا فعله الموصى كان رجوعا ، وقد عددنا هذه الأفاعيل فى كتاب الغصب . وكل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله ، مثل السويق يلته بالسمن والدار يبنى فيه الموصى والقطن يحشوبه والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها ، لأنه لايمكنه تسليمه بدون الزيادة ، ولا يمكن نقضها لأنه حصل فى ملك الموصى من جهته ،بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف فى التابع ، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع ، كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لاتنفذ إلا فى ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعا . وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى أصلا أيضا ، وغسل الثوب الموصى به لايكون رجوعا لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا . قال (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد .

لايتناول الحمل لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل فى الموضوع ، وما لايتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلتبس بها انتهى . أقول : مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لأن اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهى قوله وما لايتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية ، وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل فى مسئلتنا هذه ، لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ، ومعنى الاستثناء يقتضى خلاف ذلك ، فإن معناه هو الإخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع من دخول بعض ماتناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح . وقال المصنف فى باب الاستثناء من

فصحت الوصية بها مفردة . وقوله(ولأنه يصح) قد ذكره فى البيوع . قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين : أحدهما أنه تبرّع لم يتم لأن تمامها بموت الموصى والتبرّع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى . والثانى أن القبول يتوقف على الموت ، والإيجاب المفرد يجوز إبطاله فى المعاوضات كما فى البيع ففى التبرّع أولى ، ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان ، وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها فى الكتاب ضوابط هى جامعة واضحة . وقوله (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا ، كذا ذكره محمد) اعلم أن محمدا ذكر فى الجامع أن جحود الوصية ليس برجوع ، وذكر فى المبسوط أنه رجوع ، فمن مشايخنا من حمل المذكور فى الجامع على الجحود فى غيبة الموصى له ، وهوليس برجوع فى الروايات كلها لأن الجحود إنما يلتفت إليه إذا صح الإنكار ، والإنكار على الغائب لايصح لأنه من باب المعارضة المقتضية معارضا ، والمذكور فى المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع فى الروايات كلها

الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل فى الفرق (قوله اعلم أن محمدا ذكر فى الجامع) أقول : يعنى فى الجامع الكبير (قوله وهو رجوع فى الروايات كلها) أقول : على قول هؤلاء المشايخ .

. . . .

كتاب الإقرار : الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ . وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لابد منه فى الاستثناء الحقيقى الذى هو المتصل . وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف فى محله سيما فى كتب الأصول . ويمكن أن يقال : إن صيغة الاستثناء وإن كانت مجازا فى المنقطع إلا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية فى القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح فى فصل الاستثناء . فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور فى هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لايقتضى تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافى ذلك فيتم التقريب . وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق : وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل ، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل . وذلك لأن اسم الجارية يتناولهما اهـ . واعترض بعض الفضلاء على قوله لأن اسم الجارية يتناولهما حيث قال : إن أراد مقصودا فليس كذلك . وإن أراد تبعا فالحمل كذلك انتهى . أقول : هذا فى غاية السقوط ؛ إذ لاشك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصودا . وقوله فليس كذلك ليس بشىء إذ لاريب أن اسم الجارية فيما إذا قال أوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا ، إذ لامعنى لإيصاء الجارية بدون يدها أو رجلها أونحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فإنه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا . بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف فى البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها إياه فجاز أن لايكون مقصودا عند إيصائها كما لا يخفى . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظى لايرد على ما لايتناوله اللفظ . فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرسا . فإن الوصية فى الألف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس لاباعتبار خروجه من المستثنى منه فإنه لم يكن داخلا انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث . فإنه صرح فى كتاب الإقرار أن مالا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لايصح استثناؤه . لأن الاستثناء تصرف لفظى . ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح فى الإقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل فى الفرق انتهى . وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال : فإن قلت : يشكل حينئذ ما ذكر فى كتاب الإقرار أنه لو قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لى وللمقر له الدار والبناء لأن الدار اسم لما أدير عليه الحط والبناء يدخل تبعا . والاستثناء إنما يصح مما يتناوله الكلام نصا لاتبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به هنا ؟ قلت : إنما لم يصححوا ذلك لاستلزامه إبطال حق ثبت بالإقرار . ولايلزم ذلك فى الوصية لأنها تبرع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها فى حق التابع انتهى . أقول : جوابه ليس بمستقيم . فإن إبطال حق ثبت بالإقرار إنما يلزم فى تلك المسئلة المذكورة فى كتاب الإقرار على تقدير أن لايصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له . وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم إبطال ذلك أصلا . إذ يصير الإقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء . إذ قد تقرر فى مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان إلا بناءها على تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان . وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره فى أمثلة الاستثناء . فظهر أنه لو صح الاستثناء فى مسئلة الإقرار لم يستلزم ذلك إبطال حق ثبت بالإقرار قط . ثم إن المصير إلى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على

لصحة الإنكار حينئذ . ومنهم من حمل المذكور فى الجامع على صورة الجحود لاعلى الجحود الحقيقى فإنه قال فيه : إذا أوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا أنى لم أوص لفلان لابقليل ولا بكثير لايكون هذا رجوعا ، لأن قوله اشهدوا إنى لم أوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد أوصيت لفلان بكذا ، إلا أنى سألتكم أن تشهدوا لى بالباطل . وطلب شهادة بالباطل لايكون رجوعا لأنه ليس بجحود حقيقة ، وما ذكره فى المبسوط على الجحود الحقيقى وهو رجوع على الروايات كلها . ومنهم من قال : المذكور فى الجامع جواب القياس ، والمذكور فى المبسوط جواب الاستحسان . ومنهم من قال :

وقال أبويوسف : يكون رجوعا ، لأن الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال . فأولى أن يكون رجوعا . ولمحمد أن الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك، وإذا كان ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا ،

الرجوع عن الوصية فى حق التابع ليس بسديد أيضا . إذ لو كان الأمر كذلك لما احتيج إلى شىء من التعليلين المذكورين فى الكتاب لمسئلتنا هذه ، ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام مالا يلزم ، فإن مسئلة جواز الرجوع عن الوصية ستجىء بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة (قوله وقال أبويوسف : يكون رجوعا ، لأن الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال ، فأولى أن يكون رجوعا) قال بعض المتأخرين : قلت هذا كلام ظاهرى . وإلا فالنفى فى الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفى الجحود بمعنى سلبها ونفى وقوعها وأين هذا من ذاك انتهى . أقول : ليس المراد بقول أبى يوسف إن جحود الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان معنى . بل المراد أنهما متحدان حكما وهو إبطال الوصية بأن لايثبت الملك للموصى له فى تركة الموصى فكون النفى فى الرجوع بمعنى الفسخ وفى الجحود بمعنى سلب الوقوع إنما ينافى الاتحاد فى المعنى لا الاتحاد فى الحكم . ومبنى استدلاله المذكور على الثانى دون الأول فلا محذور على أن ماذكره ذلك البعض على تقدير وروده إنما يئول إلى ماذكره المصنف فى التعليل الثانى لمحمد رحمه الله كما لايخفى على المتأمل فلا وجه لنسبته إلى نفسه بقوله قلت قوله ولمحمد أن الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك ، وإذا كان ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا) قال صاحب العناية فى شرح هذا التعليل : ولمحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أوما أوصيت له نفى فى الماضى لكونه موضوعا لذلك . والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يتغير . وإذا كان الكذب ثابتا فى الحال لكونه كاذبا فى جحوده ، إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفى فى الماضى باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء فى الحال فكان الجحود لغوا انتهى . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأنه جعل اسم كان فى قول المصنف وإذا كان ثابتا فى الحال الكذب ، وليس بمستقيم لأن الكذب مما لم يتقدم ذكره فى كلام المصنف لا لفظا ولا معنى ولا حكما ، فكيف يصح أن يكون اسم كان فى قوله المذكور ضميرا راجعا إلى الكذب . وأما ثانيا فلأنه لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف فى الحال فى قوله وإذا كان ثابتا فى الحال مستدركا لا طائل تحته ، فإن ثبوت الكذب فى الجحود يقتضى كون الجحود لغوا من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك فى الحال أو فى غيره من الأزمان . وأما ثالثا فلأنه لوكان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك ، فإنه إذا كان الكذب فى جحوده ثابتا بناء على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لاحكم له أصلا سواء كان الانتفاء فى الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته . ثم قال صاحب العناية : وفى بعض

فى المسئلة روايتان . قال شيخ الإسلام : وهو الأصح . ومنهم من قال : المذكور فى الجامع قول محمد ، والمذكور فى المبسوط قول أبى يوسف . قال شمس الأئمة السرخسى : هو الأصح ، لأن المعلى قال فى نوادره : قال : سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية ثم جحد ، قال : يكون رجوعا ، وسألت محمدا قال : لايكون الجحود رجوعا ، وهو مختار المصنف واستدل لأبى يوسف بأن الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال ، وإذا كان نفى الحال وحده رجوعا فنفى الماضى والحال أولى أن يكون رجوعا (ولمحمد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له (نفى فى الماضى) لكونه موضوعا لذلك ، والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير ، وإذا كان الكذب ثابتا فى الحال لكونه كاذبا فى جحوده إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفى فى الماضى باطلا فيبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء فى الحال فكان الجحود لغوا . وفى بعض الشروح جعل اسم كان فى قوله وإذا كان ثابتا فى الحال الوصية وفى بعضها الحق وكلاهما

(قوله وإذا كان الكذب ثابتا فى الحال) أقول : لايخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا ، ولا هو فى حكم المذكور حتى يرجع إليه الضمير ، وأيضا إذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله فى الحال خاليا عن الفائدة (قوله وكلاهما

أولأن الرجوع إثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ، ولهذا لايكون جحود النكاح فرقة

الشروح جعل اسم كان فى قوله وإذاكان ثابتا فى الحال الوصية وفى بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لوكان معنى كلام المصنف : وإذاكان الوصية أوالحق ثابتا فى الحال لعدم كون الجحود رجوعا كان الجحود لغوا . وليس معناه ذلك بل معناه : وإذاكان الإيصاء أو الحق ثابتا فى الحال لكونه كاذبا فى جحوده ، إذ الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفى فى الماضى باطلا لظهور الكذب فبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء فى الحال ، ولا مصادرة فى هذا كما لايخفى على ذى مسكة (قوله أولأن الرجوع إثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لايكون جحود النكاح فرقة) قال فى العناية : فيه نظر من وجهين : أحدهما أنه قال فى الدليل الأول : إن الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك . وهنا قال : والجحود نفى فى الماضى والحال وبينهما تناف . والثانى أنه لايلزم من عدم كون الجحود رجوعا حيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الإلغاء . والجواب عن الأول أن قوله نفى فى الماضى والحال معناه نفى فى الماضى وضعا وحقيقة وفى الحال ضرورة لا وضعا وهو الأول فلا تنافى . وعن الثانى بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضى متضادان والتضاد ليس من مجوّزات المجاز فى الألفاظ الشرعية على ماقررناه فى الأنوار والتقرير انتهى. أقول : يرد على جوابه عن النظر الثانى أن جواز استعمال الجحود فى الرجوع مجازا لايتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوّزات المجاز فى الألفاظ الشرعية أن لايجوز استعمال الجحود فى الرجوع مجازا أصلا ، بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكهما فى معنى خاص وهو كونهما نافيين فى الحال وإن كان الجحود نافيا فى الماضى أيضا كما أفصح عنه فى غاية البيان . وعن هذا قال فى الذخيرة والمبسوط : والأصح قول أبى يوسف رحمه الله . ووجهه أن الجحود كذب حقيقة إلا أنه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء بقدر الإمكان ، وأمكن حمله على الفسخ لأن الموصى ينفرد بفسخ الوصية ، بخلاف البيع والإجارة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تعذر حمله على الفسخ لأن أحد المتعاقدين هناك لاينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد وبخلاف مالو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال لم أتزوجك لأن هناك أيضا

مصادرة عن المطلوب فتأمل . وقوله (أو لأن الرجوع إثبات فى الماضى ونفى فى الحال ، والجحود نفى فى الماضى والحال) دليل آخر . تحقيقه أن أحدهما مركب من النفى والإثبات والآخر مجرد النفى ، فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس أيضا . وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه قال فى الدليل الأول : إن الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك ، وهاهنا قال : والجحود نفى فى الماضى والحال وبينهما تناف . والثانى أنه لايلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الإلغاء . والجواب عن الأول أن قوله نفى فى الماضى والحال معناه نفى فى الماضى وضعا وحقيقة ، وفى الحال ضرورة لا وضعا وهو الأول فلا تنافى . وعن الثانى بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضى متضادان ، والتضاد ليس من مجوّزات المجاز فى الألفاظ الشرعية على ما قررناه فى الأنوار والتقرير ، ولهذا لايكون جحود النكاح فرقة : يعنى مستعارا للطلاق ، لأن الجحود يقتضى عدم النكاح فى الماضى والطلاق يقتضى وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر .

مصادرة عن المطلوب) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بمذكره كما فعله الإتقانى لايلزم المصادرة ، فإن المدعى هو عدم كون الجحود رجوعا كما لايخفى (قوله والجواب عن الأول أن قوله الخ) أقول : ويجوز أن يجاب عنه أيضا بأنه مبنى على التنزل والتسليم (قوله وعن الثانى بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضى الخ) أقول : وقد سبق منه أيضا فى باب الوكالة بالخصومة والقبض .

(ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لايكون رجوعا) لأن الوصف يستدعى بقاء الأصل (بخلاف ما إذا قال فهى باطلة) لأنه الذاهب المتلاشى (ولو قال أخرتها لايكون رجوعا) لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما إذا قال تركت) لأنه إسقاط (ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا إذا قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن الأول) لما بينا ويكون وصية للوارث . وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الأولى على حالها) لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم يتحقق فبقى للأول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهى للورثة) لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت .

(باب الوصية بثلث المال)

قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لايزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق ، والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا) لأن كل واحد منها يدلى بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما فى أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما والأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم : سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة ، فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما . وقال أبو حنيفة : الثلث بينهما نصفان . ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا فى المحاباة والسعاية

تعذر حمله على الفسخ . لأن النكاح لايحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق . إذ لامشابهة بينهما . لأن الجحود ينفى العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر .

(باب الوصية بثلث المال)

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى تتعلق به فى هذا الباب

وقوله (ولو قال كل وصية أوصيت بها) واضح . وقوله (لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك ، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره . وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل . وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جاز وإلا فلا .

(باب الوصية بثلث المال)

لما كان أقصى مايدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التى تتعلق به فى هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب . قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر أيضا بذلك فالورثة إما أن يجيزوها أولا . فإن أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث ، وإن لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان ، إذ لا يزاد على الثلث حينئذ ، وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا فى سبب الاستحقاق والتساوى فيه يوجب التساوى فى الاستحقاق . فإن كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما ، وإن لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينتان جميعا . وقوله (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) واضح . وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أى لايجعل من ضرب فى ماله سهما : أى جعل

(باب الوصية بثلث المال)

(قوله أى لايجعل من ضرب فى ماله سهما) أقول : المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله فى شرح الوقاية لصدر الشريعة

والدراهم المرسلة) لهما فى الخلافية أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل ، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما فى المحاباة وأختيها . وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا ، والتفضيل يثبت فى ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع ، بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذا فى الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان فى المال سعة فتعتبر فى التفاضل لكونه مشروعا فى الجملة ، بخلاف ما نحن فيه . وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث .

بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب ، كذا فى النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) أشار بهذا الكلام إلى صورة نقض ترد على وجه الفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية ، وهى على ماذكر فى الكافى ومعراج الدراية ما إذا أوصى بعبد بعينه لإنسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لإنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع أنه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما فى جميع ماسماه له بدون إجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث . وقال تاج الشريعة وصاحب العناية فى تصوير صورة النقض هنا بأن كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا

ومفعول لايضرب محذوفا : أى لايضرب شيئا وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فإنه حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لأنه فى حال المرض ، فإن لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهى الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة ، فلوكان هذا كسائر الوصايا على قول أبى حنيفة وجب أن لايضرب الموصى له بالألف فى أكثر من خمسمائة . وصورة السعاية أن يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة لآخر ألفان ولا مال له غيرهما إن أجازت الورثة عتقا جميعا ، وإن لم يجيزوا عتقا من الثلث وثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذى قيمته ألفان ويسعى فى الباقى والثلث للذى قيمته ألف ويسعى فى الباقى . وصورة الدراهم المرسلة : أى المطلقة هى أن يوصى لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ، لأن الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله أو بجميع ماله ، لأن اللفظ فى مخرجه لم يصح لأن ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث (لهما فى الخلافية) وهى ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه (أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض (وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما فى المحاباة) والسعاية والدراهم المرسلة . ولأبى حنيفة أن الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل إنما يثبت بناء على الاستحقاق ، وإذا بطل الاستحقاق بطل ماثبت فى ضمنه (كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع) تبطل ببطلان البيع ، وهذا لأن الزيادة لما بطلت بقى كل منهما موصى له بالثلث وفى ذلك يتساويان فكذلك هاهنا (بخلاف مواضع الإجماع) يعنى المحاباة وأختيها وهو واضح . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها . وقوله (وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) يعنى بأن كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان ، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته

(قوله وصورة الدراهم المرسلة : أى المطلقة) أقول : يعنى غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوها ، كذا فى صدر الشريعة (قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول : أى على دليلها .

لأن هناك الحق تعلق بعين التركة ، بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية ، وفى الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ماتعلق به حق الورثة . قال (وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة . ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لأن الأول وصية بمال الغير ، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثانى وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر : يجوز فى الأول أيضا فينظر إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ماقلنا . قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ، وهذا عند أبى حنيفة ،

مال سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان ، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اهـ . أقول : فيه خلل ، لأن الموصى به يصير إذ ذاك هو العبد وثلث المال ، ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له فى جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة وإن زاد مال الميت جدا ، لأن العبد يكون زائدا على الثلث فى تلك الصورة لامحالة ، ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن فى هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية فى جميع ماسماه لهما فى الجملة ، بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبى حنيفة هنا بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية ، وفى الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ماتعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذى أشار إليه آنفا . قال الزيلعى : فى التبيين بعد مانقل ما فى الهداية هنا : وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اهـ . أقول : ليس هذا النقض بوارد لأن المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين ، وقد أفصح عنه صاحب الكافى حيث قال : والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة ، وكذا بالمحاباة لأنها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اهـ (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولايزاد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا

مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال . وقوله (لأن هناك الحق تعلق بعين التركة) يعنى أن حق الموصى له تعلق بعين التركة ، ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وإن استفاد مالا آخر ، وحق الورثة أيضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين ، بخلاف الألف المرسلة ، ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه . قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وإن لم يكن له ابن صحت (وإن أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أو لم يكن (لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن مايصيبه بعد الموت) بنص الكتاب ، والوصية بمال الغير لاتجوز (والثانى وصية بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر بقدره) وقال زفر : جازت الأولى كالثانية نظرا إلى حال الوصية ، فإن المال كله له فى ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك أن يتصرف فى ملكه كيف يشاء (وجوابه ماقلنا) وهو قوله لأن الأول وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لايزاد عليه ولا ينقص منه . فإن قيل : أخس الأنصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس ، قلت : جعله بمعناه بما ذكر فى الكتاب من الأثر واللغة . أما الأثر فما روى عن ابن مسعود وقد رفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس . وأما اللغة فإن إياس بن معاوية قاضى البصرة قال : السهم فى اللغة عبارة عن السدس . واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين فى هذا الموضع اختلفت اختلافا لايكاد يعلم منه شيء ، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير . قال فى الكافى : فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس ، وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ، ورواية المصنف تخالف كل واحد منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس فى رواية المبسوط . وقوله (ولا يزاد عليه)

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول إلى هنا لفظ الكافى (قوله وقوله ولا يزاد عليه الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن الظاهر أن المراد نفى

وقالا : له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة) لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما فى الوصية ، والأقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فيردّ عليه لأنه لامزيد عليه عند عدم إجازة الورثة . وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه ، وقد رفعه إلى النبىّ عليه الصلاة والسلام فيما يروى ،

تحير الشراح فى حله ؛ فقال أكثرهم منهم صاحب العناية : معناه فله السدس لايزاد عليه ولا ينقص عنه . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أنه لوكان المراد هذا المعنى لما كان لأدائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوّش وجه ، وهل يليق هذا بمنصب المصنف . وقال بعضهم : معنى قوله ولا يزاد عليه فى هذه الصورة المستثناة فى الكتاب وهى ما إذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون مافى الكتاب ساكتا عن بيان الحكم إذا كان أخس السهام أزيد من السدس اهـ . أقول : لايخفى على الفطن أن قول المصنف رحمه الله فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة : وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى أن يكون ما للموصى له فى هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا : أى سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه ، فلا مجال لأن يكون مافى الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور ، فإن فى رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه ، والتعليل المذكور ينافى ذلك . وقال صاحب العناية : فإن قيل : أخس الأنصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس ؟ قلت : جعله بمعناه لما ذكره فى الكتاب من الأثر واللغة اهـ . أقول : الجواب منظور فيه ، لأن ما ذكر فى الكتاب إنما يستدعى جعل السهم بمعنى السدس لاجعل أخس الأنصباء الذى هو أقلها بمعنى السدس ، وكلام السائل فى الثانى دون الأول كما ترى . والحق فى الجواب مايفهم مما ذكر فى النهاية نقلا عن المبسوط وهو أن أقل الأنصباء باعتبار الأصل وهو القرابة إنما هو السدس ، وأما الثمن فإنما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية ، وما يكون عارضا فى مزاحمة ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل مايستحق من السهام بالقرابة وهو السدس . ثم قال صاحب العناية : واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين فى هذا الموضع اختلفت اختلافا لايكاد يعلم منه شىء ، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير . قال فى الكافى : فعلى رواية الأصل جوّز أبوحنيفة النقصان عن السدس ولم يجوّز الزيادة على السدس ، وعلى رواية الجامع الصغير جوّز الزيادة على السدس ولم يجوّز النقصان عن السدس ، ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس فى رواية المبسوط ، وقوله ولا يزاد عليه ليس فى رواية الجامع الصغير ، فإما أنه اطلع على رواية غيرهما ، وإما أنه جمع بينهما ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : كيف يتصوّر الجمع بينهما وقد صرح فى الكافى بأن أبا حنيفة جوّز على رواية الأصل النقصان عن السدس ولم يجوّز الزيادة على السدس ، وجوّز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوّز النقصان عن السدس ، ونقل صاحب العناية ما فى الكافى على وجه الارتضاء . ومعنى رواية المصنف على ماصرح به الشارح المزبور فى صدر المسئلة أن أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه ، فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتى المبسوط والجامع الصغير لاتتحمل الجمع بينهما كما لايخفى ، فلا وجه لقوله وإما أنه جمع بينهما . وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه : ليس فى رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل ، فإن الظاهر أن المراد نفى الزيادة على السدس إذانقص أخس السهام عن السدس لامطلقا فحينئذ يكون ما فى الكتاب رواية الجامع

ليس فى رواية الجامع الصغير ، فإما أنه اطلع على رواية غيرهما ، وإما أنه جمع بينهما (وقالا : له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة) ومفزعهما العرف (فإن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما فى الوصية ، والأقل متيقن فيصرف إليه إلا إذا زاد : أى الأقل (على الثلث فيرد إليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة) ولأبى حنيفة ما ذكرناه

الزيادة على السدس إذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون مافى الكتاب رواية الجامع الصغير .

ولأنه يذكر ويراد به السدس، فإنّ إياسا قال : السهم فى اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ماذكرنا ،

الصغير اه . أقول : ليس هذا بمستقيم ، فإن التعليل الذى ذكره المصنف من قبل أبى حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى لامحالة أن يكون المراد بما فى الكتاب نفى الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضى أن يكون المراد به نفى النقصان عن السدس مطلقا ، فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير ، كما لامجال لأن يكون المراد به رواية الأصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفا (قوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ) قال صاحب العناية : قوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل ، لأنه وقع فى بعض نسخ الهداية فيعطى ماذكرنا وفى بعضها فيعطى الأقل منهما . وفسر الأولى بعض الشارحين فقال : يعنى إن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس ، وإن كان أخس السهام أكثر يعطى ذلك ، لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين ، فإنْ كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما فى الكتاب فإن فيه الزيادة على السدس ، وقد قال فى الكتاب : ولا يزاد عليه وإن كان مراده السدس فما ثمة عمل بالدليلين اه . واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال فى الكتاب ولا يزاد عليه حيث قال : فيه بحث ، إذ ليس المراد نفى الزيادة مطلقا ، بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما فى الكتاب اه . أقول : قد مرّ منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله فى تعليل هذه المسئلة من قبل أبى حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه ، وقد رفعه إلى النبىّ عليه الصلاة والسلام يقتضى كون المراد من

آنفا فى جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول إياس . وقوله (ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ) مشكل ، وذلك لأنه وقع فى بعض نسخ الهداية فيعطى ماذكرنا ، وفى بعضها فيعطى الأقل منهما . وفسر الأولى بعض الشارحين فقال : يعنى إن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس ، وإن كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين ، فإن كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر فى الكتاب ، فإن فيه الزيادة على السدس ، وقد قال فى الكتاب : ولا يزاد عليه وإن كان مراده السدس فما ثم عمل بالدليلين . وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما يؤدى إلى النقصان عن السدس وفى الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس . وأيضا قوله (ماذكرنا) إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن السدس ، وأرى أن المراد بقوله ماذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا ، وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهى ماذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور فى الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة ، وإنما هو مركب من روايتين فإن كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية ، وإن كان غير ذلك فالله أعلم به ، وجهد المقل دموعه . وصورة المسئلة ما إذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية

(قوله وقد قال فى الكتاب ولا يزاد عليه) أقول : فيه بحث ، إذ ليس المراد نفى الزيادة مطلقا ، بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا من السدس فيصلح ذلك دليلا لما فى الكتاب . نعم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد إذا أعطى السدس إذا كان أخسّ السهام أكثر وأعطى ذلك إذا كان أقل مع أن فيه العمل بالمتيقن فجعل ما ذكر دليلا لرواية المبسوط أولى كما لايخفى (قوله وأيضا قوله ما ذكرنا الخ) أقول : لم لايجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتأمل (قوله وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل) أقول : كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعين السدس فلا يستقيم التفريع فى قوله فيعطى ، وأرى أن ذلك ليس إشارة إلى رواية المبسوط ولا إلى رواية الجامع الصغير ، وإلا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية

قالوا : هذا كان فى عرفهم ، وفى عرفنا السهم كالجزء . قال (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة لاتمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان .

مسئلة الكتاب نفى الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية . ثم قال صاحب العناية : وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما فتؤدى إلى النقصان عن السدس وفى الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس . وأيضا قوله ماذكرنا إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن السدس اهـ . وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضا قوله ماذكرنا الخ حيث قال : لم لايجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضى الله عنه فليتأمل اهـ . أقول : ليس هذا بشىء ، لأن أثر ابن مسعود رضى الله عنه هو الدليل الأول ، فلو كان معنى الدليل الثانى ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضا أثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدراك كما لايخفى . ثم قال صاحب العناية : وأرى أن المراد بقوله ماذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا . وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهى ماذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور فى الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة ، وإنما هو مركب من روايتين اهـ . أقول : هذا الذى ذهب إليه سقيم جدا لاينبغى أن يريده العاقل فضلا عن مثل المصنف الفطن الكامل فإن قوله فيعطى ما ذكرنا مذكور بصدد إقامة الدليل على ماقدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل ، فكيف يصح منه الإشارة فى الدليل إلى مايخالف المدعى وينافيه . ثم إن كون المذكور فى الكتاب مركبا من روايتى المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وإنما هو مركب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة لاتمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان) قال صاحب التسهيل : أقول : دلت هذه المسئلة على أن أحدا لو أقرّ بمجهول كقوله لفلان علىّ دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان ، وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغى أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ . وردّ عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك : قلت : ماذكره قياس مع الفارق ، لأن الإقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الإقرار فيجبر المقرّ على بيانه بطلب المقرّ له ، فإذا فات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما إذا كان

الجامع الصغير يعطى السدس فى قول أبى حنيفة ، وعندهما يعطى الربع : أى مثل الربع فيعطى الخمس تجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا إلى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب فى أصل المسئلة مخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب فى أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقى عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقى للبنت ، وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل أخس سهام الورثة ، وهو واحد على الفريضة وهى أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقى بعد نصيب الموصى له وما بقى فللبنت ، وإنما كان كذلك لأن الموصى أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشىء غيره فيزاد مثل الربع على الأربعة ليكون المزيد مثلا للربع ، وأما على رواية الأصل فتخريجه كتخريجهما ، وعلى هذا قس أمثالها وخرّجها على الروايتين . وقوله (قالوا) أى مشايخنا كان هذا فى عرفهم وفى عرفنا السهم كالجزء (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لاتمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان) ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشىء فالحكم كذلك

الجامع الصغير يعطى السدس) أقول : بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافى ، وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الأصل فتخريجه الخ) أقول : فيه نظر ، بل على رواية الجامع الصغير تخريجه كتخريجهما .

قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه . ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفا بالإضافة إلى المال . والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثانى عين الأول هو المعهود فى اللغة . قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله فله جميع ما بقى) وقال زفر : له ثلث مابقى . لأن كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى مابقى عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناسا مختلفة . ولنا أن فى الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية

بتقصير من المقر اه فلم ينب عنه ورثته ، بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير إلا بعد موت الموصى فقبل موته لايجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه إحياء لحق ثابت اه . أقول : ليس هذا بسديد . لأنهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه . بل يكفى الاشتراك فى علة هى مدار الحكم فى المقيس عليه ، فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الإقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الإقرار من وقت الإقرار وفى الوصية بعد الموت لايضر بصحة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل . وإنما يضر بها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم ، وهو ليس بمتحقق هنا ، فإنه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصى الذين يقومون مقام الموصى إحياء حق ثابت بالوصية كان ينبغى أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضا إذا مات مجهلا إحياء لحق ثابت بالإقرار . فقول ذلك البعض فإذا فات الجبر فى حياة المقر بوفاته سقط إن أراد به أنه سقط عنه الحق أصلا فليس بصحيح ، إذ لاشك أنه لاتسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته . وإن أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم إمكانه وإن كان بقى أصل الحق عليه فهو مسلم ، لكن لانسلم قوله فلم ينب عنه ورثته ، فإنه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا إلى البيان لعدم إمكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغى أن ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل تقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لأن الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ،

وقوله (وأجازت الورثة فله ثلث المال) فإن قيل : إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة ، لأن السدس يدخل فى الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لأنه متيقن وحملا لكلامه على مايملكه وهو الإيصاء بالثلث . وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثانى عين الأول) قد قررناه فى التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى . قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه) ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع مابقى . وقال زفر : له ثلث مابقى ، لأن كل واحد منهما) أى من الهالك والباقى (مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى مابقى منه عليها ، وصار كما إذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم فى الواحد) أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد فى (فرد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة) مع مافيه من الجمع ، وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقى تقديما للوصية على الإرث لأن الموصى له جعل حاجته فى هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به ، فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالأصل ، والأصل فى مال اشتمل على أصل وتبع إذا هلك شىء منه أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل ، كمال المضاربة إذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك إلى الربح الذى هو

(قوله لأن كل واحد منهما : أى من الهالك والباقى) أقول : ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعى الدراهم والغنم ، بل هذا المعنى

مقدمة فجمعناها فى الواحد الباقى وصارت الدراهم كالدرهم . بخلاف الأجناس المختلفة لأنه لايمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما . قال (ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقى ثلثها وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله لم يستحق إلا ثلث مابقى من الثياب . قالوا : هذا) إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم ، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لأنه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقى ، وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبى حنيفة وحده لأنه لايرى الجبر على القسمة فيها . وقيل هو قول الكل لأن عندهما القاضى أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع ، والأول أشبه للفقه المذكور .

ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لايثبت له إلا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا فى الثلث حملا لكلامه على المتيقن ، هذا زبدة مافى الشروح . قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال : هكذا قالوا ، وهذا كما ترى حمل للكلام على أحد محتمليه . ولك أن تقول : لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به بيقين على الاحتمالين الثلث . قلنا : ماثبت به من الوصية هو الثلث لكن لابطريق حمله على أحد محتمليه كما زعموا . بل بجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالى وصية لأن المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا بشىء إذ لاشك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين . فإن زيادة الثلث على السدس كما هو الاحتمال الأول يقتضى ثبوت الثلث بلا ريب ، وانضمام الاحتمال الثانى إليه إنما يفيد جواز إرادة النصف ولا تأثير له فى ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك . فالمعنى الصحيح هنا ماذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه . وقال صاحب العناية : فإن قيل : إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة . فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة لأن السدس يدخل فى الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه أراد بها

تبع لا إلى رأس المال (وصارت الدراهم) أى صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد . ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقى درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا . وقوله (بخلاف الأجناس المختلفة) جواب عن قول زفر كما إذا كانت التركة أجناسا ، ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن . فإنه إذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون فإن القاضى لايجبرهم على القسمة ، لأن الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهى فيها متعذرة ، وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم لأن فيه الجمع فبقى الكل مشتركا بين الورثة والموصى له أثلاثا ، فما هلك هلك على الشركة وما بقى بقى عليها أثلاثا ، وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلث ثيابه ، وأما إذا أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد أو بثلث ثلاثة من الدور فليس له إلا الثلث الباقى لكثرة التفاوت ، هكذا أجاب محمد فى الجامع الصغير من غير ذكر خلاف . واختلف المشايخ (فقيل هذا قول أبى حنيفة وحده لأنه لايرى الجبر على القسمة) فيها فأما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق ، فيكون للموصى له العبد الباقى والدار الباقية لأن للقاضى أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس ، و إلى هذا مال الفقيه أبو الليث والإمام فخر الإسلام . وقيل المذكور فى الجامع قول الكل لأن عندهما لايجب على القاضى القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أى بدون اجتهاد القاضى وجمعه (يتعذر الجمع) وإذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضى فكان المال على الشركة ما بقى وما هلك (والأول) وهو أن يكون فى المسئلة اختلاف (أشبه للفقه المذكور) وهو أن أبا حنيفة لايرى الجبر على القسمة فى الرقيق والدور المختلفة لأنه يجعلها أجناسا مختلفة ، وهما

الأم لقوله يتوى ماتوى الخ . قال العلامة الإتقانى فى وجه قول زفر : إن الموصى لما مات بقى المال مشتركا بين الورثة والموصى له ، والمال المشترك إذا هلك بعضه هلك على الشركة ، و إذا بقى يبقى على الشركة ، فكذلك هاهنا الذى هلك هلك أثلاثا ، والذى بقى بقى أثلاثا ، وبقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى ، وفيه فوائد لاتحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول : قوله قوله فاعل ظهر .

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين ، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له) لأنه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار إليه ، وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين ، وكلما خرج شىء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الألف لأن الموصى له شريك الوارث ، وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لأن للعين فضلا عن الدين ، ولأن الدين ليس بمال فى مطلق الحال وإنما يصير مالا عند الاستيفاء فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه . قال (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحىّ الذى هو من أهلها ، كما إذا أوصى لزيد وجدار . وعن أبى يوسف

إيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لأنه متيقن وحملا لكلامه على مايملكه وهو الإيصاء بالثلث اه . أقول : فى قوله وحملا لكلامه على مايملكه وهو الإيصاء بالثلث بحث ، لأن مايملكه إنما يكون هو الإيصاء بالثلث إذا لم تجز الورثة . وأما إذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملك الإيصاء بما زاد على الثلث أيضا ، ويتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا كما مر فى أوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة تدبر (قوله لأنه أمكن إيفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار إليه) أقول : فيه تأمل فإنه إنما يظهر أن لوكان حق الموصى له فى العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع فى العين والدين معا كما صرحوا به . وقالوا : الأصل فيه أن الوصية المرسلة تكون شائعة فى كل المال لكون الموصى له إذ ذاك شريك الورثة ، وعن هذا لايأخذ الألف كملا فى صورة إن لم يخرج الألف من ثلث العين ، وإذا كان حق الموصى له شائعا فى جميع التركة الذى هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين فى صورة إن خرج الألف من ثلث العين بخسا فى حق الورثة كما فى الصورة الأخرى ، إذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذى له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين . وهذا بخس فى حقهم لامحالة مناف لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل فى الدفع ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد ، لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحىّ الذى هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام :

يريان ذلك لأنهما يجعلانها جنسا واحدا . قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الألف منه (إلى الموصى له) وإن لم يخرج فإن كان النقد ألفا دفع منه إليه ثلثه (وكلما خرج شىء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الألف لأن الموصى له شريك الوارث) والأصل فى المال المشترك أن يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس . ولا بخس فى حق أحد بتخصيص الموصى له بالعين فى الأول فيصار إليه ، وفى الثانية بخس فى حق الورثة بتخصيص الموصى له بألفين (لأن للعين فضلا على الدين) على ماذكر فى الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين . قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال ، فإن من حلف أنه لامال له لم يحنث بديون له على الناس . سلمناه ولكن لانسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقا ، فإن من أوصى لرجل بشىء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ، ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقى من المال . والجواب عن الأول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا فى الحال أو فى المآل لأن الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة . وعن الثانى بأنه شريك الوارث إذا كانت فى غير معين . وأما فى المعين فإن الوارث كالمودع لايضمن إذا لم يتعدّ . وقوله (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله) واضح ، واندفع بقوله (فلا يزاحم الحىّ) ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فإن للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ، ثم بعد ذلك موت أحدهما لايبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت

(قوله فإن للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما) أقول : قد سبق أن الوصية تملك بالقبول إلا فى مسئلة فتذكر فإنه ينفعك هاهنا (قوله حال الملك) أقول : يعنى حال موت الموصى .

رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث ، لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحىّ إلا نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحىّ ، وإن قال ثلث مالى بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث ، لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ماتقدم ، ألا ترى أن من قال ثلث مالى لزيد وسكت كان له كل الثلث ، ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث . قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث مايملكه عند الموت) لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى مابعد الموت ويثبت حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لاقبله ، وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا . ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم فى الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ ، وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت ، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح ، لأنها لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه ، وهذا لأن وجوده قبل

واندفع بقوله فلا يزاحم الحىّ ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فإن للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ، ثم بعد ذلك موت أحدهما لايبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورّث اهـ . أقول : فى تقرير الشارح المذكور هنا قصور . أما أوّلا فلأنه أضاف اندفاع الإشكال بالمسئلة التى ذكرها إلى قوله فلا يزاحم الحىّ مع أن اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لأن الميت ليس بأهل للوصية فى الحقيقة ، وإنما قوله فلا يزاحم الحىّ متفرّع على ذلك ، والأصل أن يضاف الحكم إلى الأصل دون الفرع . وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالمزاحمة المنفية فى قول المصنف فلا يزاحم الحىّ هو المزاحمة حال الملك وهى حال موت الموصى وذلك مع كونه غير تام فى نفسه ، لأنه إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقى منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به ، مع أن العلة هناك أيضا التزاحم ؛ وإن التزاحم فيه إنما يتصوّر فى حال إيجاب الموصى لا فى حال الملك إذا كان أحدهما ميتا فى حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور فى تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال : ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه فى ظاهر الرواية لأن استحقاق الحىّ منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصى ، وفى هذا لافرق بين العلم وعدمه اهـ . وأما ثالثا فلأنه لم يتعرّض لبيان اندفاع الإشكال بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب ، وهى أى تلك المسئلة ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى فإن للباقى نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع أن التعليل المذكور فى الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضا ، فالتقرير الظاهر الواسع فى شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية حيث قال : وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين مالو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقى نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما ، وكذلك لومات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقى نصف الثلث ، ولكن هنا كان النصف الآخر للموصى

أحد الورثة بعد موت المورّث ، ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه فى ظاهر الرواية ، لأن استحقاق الحىّ منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصى ، وفى هذا لافرق بين العلم وعدمه ، والضمير فى قوله لأن الوصية عنده للموصى والهاء ظاهر. وقوله (ومن أوصى بثلث ماله) ظاهر. وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز عن قول بعض المشايخ إن الوصية باطلة لأنه أضاف إلى مال خاص فصار بمنزلة التعيين ، كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن فى ملكه ثم ملك فإنها غير صحيحة . قال الفقيه أبو الليث : هذا القول ليس بصحيح عندنا ، لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول : فى كتاب نكت الوصايا .

الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ؛ ولوقال له شاة من مالى وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد فى مطلق المال . ولو أوصى بشاة ولم يضفه إلى ماله ولا غنم قيل لايصح لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها ، وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم أن مراده المالية ؛ ولو قال شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة ، لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم ، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا يخرّج كثير من المسائل . قال (ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله .

لما أن فى المسئلة الأولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصى ثم بعد ذلك موت أحدهما لايبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورّث ، و فى المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لأن الوصية فى معنى عقد مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى فيبطل نصيبه ، كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث ، لأن الانقسام قد حصل بينهما عند الإيجاب لكون كل واحد منهما أهلا لإيجاب الوصية له فببطلان حق أحدهما لايزداد نصيب الآخر، كما لو ردّ أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث ، وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فإن فيها للحىّ كل الثلث ، لأن الميت ليس من أهل الوصية له ، فإنما ينتقص حقه بإثبات المزاحمة ولم تثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقى الثلث للحىّ منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالى لفلان وللمولى فالثلث كله لفلان ، إلى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله ولوقال شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم) اعلم أنه وقع فى عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع فى عبارة الهداية فى وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة فى شرحه للوقاية : واعلم أنه قال فى الهداية ولا غنم له وقال فى المتن ولا شاة له ؛ وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم ، فإذا لم يكن له شاة لايكون له غنم ، لكن إذا لم يكن له غنم لايلزم أن لايكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لاكثير ، فعبارة الهداية تناولت صورتين : ما إذا لم يكن له شاة أصلا ، وما يكون ا اة لاغنم له ، فى الصورتين تبطل الوصية ، وعبارة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم فى الصورة الثانية ، فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه . وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال فى شرحه : إنما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية ، لأن الشاة فرد من الغنم ، فإذا لم يكن له شاة لايكون له غنم بدون العكس ، والشرط عدم الجنس لاعدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد فى الكافى : ولو قال شاة من غنمى أو قفيز من حنطتى فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه . وقال فى حاشيته : أخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية فى الصورتين اه . وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة : واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هى الصواب ، وأن الحكم فى وجود الفرد صحة الوصية ، وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع . قلت : بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفى الغنم كما وقع فى عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب ، وأنه لاتصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لأنه أوصى بشاة من غنمه ، فإذا لم يكن له غنم

إضافته إلى ثلث المال . وقوله (وعلى هذا يخرّج كثير من المسائل) فمنها ماذكره فى المبسوط بقوله لو قال بقفيز من حنطة من مالى وبثوب من مالى فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك فى ملكه ، بخلاف ما إذا قال من حنطتى أو من ثيابى فإنه إذا لم يوجد ذلك فى ملكه أو هلك قبل موته فلا شىء للموصى له ، والفرق ماذكرناه . قال (ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده) ماذكره واضح صورة وتعليلا ، خلا قوله وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة فإنه يحتاج إلى بعض بيان ، وهو أن الوصية لهن جائزة استحسانا . والقياس أن لاتصح لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، فإنما تستحق الوصية بعد موت

وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان ، وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان ، وفسرناهما فى الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وأدناه فى الميراث اثنان نجد ذلك فى القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الأولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة . ولهما أن الجمع

بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السرّ فى تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه . أقول : الظاهر عندى مما ذكروه فى تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة ، لأن الموصى به فى هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فتصير الوصية بشىء موجود لا معدوم ، ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوما ، فإذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع . نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة إليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الإضافة إلى الغنم تعيين أن مراده عين الشاة لا ماليتها ، ويحصل ذلك المقصود من مجرد الإضافة إليها ، ولا يقتضى وجودها البتة كوجود الشاة التى هى الموصى به . ومما يرشد إلى كون جواب هذه المسئلة فيما إذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد فى الكافى : ولو قال شاة من غنمى أو قفيز من حنطتى وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة . وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى فى شرحه : لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لأنه جعله جزءا من الغنم . وأنه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشىء معدوم ولا وجود له عند الموت أيضا فلا تصح اهـ تأمل تفهم (قوله وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة) وهذا استحسان ، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد لأن الوصية تمليك مضاف

مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهى أمة فتستحق الوصية وهى أمة ، والوصية لأمته بشىء غير رقبتها باطلة . وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى ، لأن الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة ، والصحيحة هى المضافة إلى ما بعد عتقها . فإن قيل : الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح الوصية لها قياسا . أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته ، والوصية برقبته إعتاق وهو يصح منجزا ومضافا ، بخلاف أم الولد فإن الوصية لها بذلك ليست إعتاقا لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلا . ولقائل أن يقول : الوصية بثلث المال إما أن صادفتها بعد موت المولى وهى حرة أو أمة ، فإن كان الأول فلا وجه لنفى القياس ، وإن كان الثانى فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال . والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى ، فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل . وقوله (وأدناه فى الميراث) قيد بذلك احترازا عن فصل الزكاة ، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بالإجماع بين أصحابنا ، ثم لما كان لفظ الجمع فى الميراث مصروفا إلى الاثنين والوصية فى معناه من حيث أن كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك أيضا منصرفا إلى الاثنين . وقوله (نجد ذلك فى القرآن) يريد به قوله

(قوله والوصية لأمته بشىء غير رقبتها باطلة) أقول : فيه بحث ، لأن بطلان الوصية لأمته بشىء غير رقبتها إنما هو لأنها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبتها ولأنها تكون وصية للوارث ، وليس إحدى تينك العلتين بموجودة فى أم الولد . أما الأولى فلأن الموصى له يملك الوصية بالقبول وهى حينئذ حرة أهل لأن تملك . وأما الثانية فلأنها لا تنتقل إلى الورثة حتى يلزم الوصية وارث فليتأمل (قوله فإن قيل : الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول : وفى المحيط وفى الكافى فى المتفرقات من كتاب الوصايا : ولو أوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند أبى حنيفة لأنه من جملة مال الميت فلك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ، ومن ملك نفسه عتق وسعى فى ثلثى قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لأنه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة ، وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث ، فإن فضل شىء دفع إليه وهى حينئذ فرع تجزى الإعتاق انتهى . وفى المحيط : ولو أوصى لعبده بشىء من رقبته يصح ، ولو أوصى له بشىء من ماله لا يصح لأن العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ، ولأن الوصية لعبده بمال وصية لوارثه لأن الملك فى العبد والموصى به يقع لوارثه ، والوصية لوارثه باطلة ، فأما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه ، لأن الوصية بالرقبة إعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لأنه أوصى له بثلث رقبته ، فإن رقبته من مال الميت ، والوصية للعبد برقبته جائزة

المحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل ، لاسيما عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسه والثلاثة للثلاث . قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما . وعنده لايصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه . قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن إثباته

إلى ما بعد الموت فهي إنما تستحق الوصية بعد موت مولاها ، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة ، والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة . وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها إلى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي ، لأن الظاهر من حاله أن يقصد بإيصائه وصية صحيحة لا باطلة ، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها ، كذا في عامة الشروح ، وعزاه جماعة من الشراح إلى الذخيرة . أقول : فيما ذكروا من وجه القياس نظر ، لأن قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع ، بل حال حلول العتق بها إنما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها ، إذ لا شك أن أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها إلى ما بعد موته ، فهي بعد موت مولاها حرة فلم تكن الوصية لأم الولد وصية للأمة في شيء ، فلم يتم وجه القياس ولم يحتج إلى ما تكلفوه في وجه الاستحسان . ولعل الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي عن هذا قالا : أما جواز الوصية لأمهات أولاده فلأن أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما . ثم قال في العناية : فإن قيل : الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا . أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته . والوصية برقبته إعتاق وهو يصح منجزا أو مضافا بخلاف أم الولد فإن الوصية ليست إعتاقا لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلا . ولقائل أن يقول : الوصية بثلث المال أما إن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة ، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس ، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال . والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لابد وأن يكون بموت المولى ، فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : لايذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ماقبلهما على الوجه الذي قرره ، لأن الترديد الواقع في هذا السؤال إن كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الأول متعين ، ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس . وإن كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار . والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الأول قطعا فلا معنى للإعادة وقوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية : وهذا استحسان ، وفي القياس

تعالى ـ فإن كان له إخوة فلأمه السدس ـ والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه ، وكذا قوله (وإنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل) قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لأن لفظ الإشراك يقتضي التسوية عند الإطلاق ، قال الله تعالى ـ فهم شركاء في الثلث ـ وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة . وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة إنما تثبت إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى إشراكه إياهما جملة واحدة ، وإنما يأخذ نصف كل مائة

ويستحق ثلث باقي المال لأنه حر ، وإن كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ماسوى رقبته من المال لأنه حر عندهما ، وبمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة ، والوصية للحر أو للمكاتب جائزة ، وإن بقي كان ثلث مابقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وإن كان أكثر أخذ الفضل منهم ، وإن كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه .

بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك لأنه لايمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الإمكان . قال (ومن قال لفلان علىّ دين فصدّقوه) معناه قال ذلك لورثته (فإنه يصدق إلى الثلث) وهذا استحسان . وفى القياس لايصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لكنه لايحكم به إلا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لأن المدعى لايصدق إلا بحجه فتعذر إثباته إقرارا مطلقا فلا يعتبر . وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه فى تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالى ماشاء ، وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة . قال (وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لأن ميراثهم معلوم . وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم ، وفى الإفراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألدّ

له نصف كل مائة لأن لفظ الإشراك يقتضى التسوية عند الإطلاق ، قال الله تعالى ـ فهم شركاء فى الثلث ـ وقد أشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهما فى استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة . وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهى تقتضى المساواة ، وإنما تثبت المساواة إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة ، أما إذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم ، فعلم بهذا أنه أشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر بإشراكه إياه مع كل واحد منهما متفرقا انتهى . واقتفى أثره صاحب العناية . أقول : فيه بحث ، لأن الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضى لفظ الإشراك التسوية بلا ريب ، فإن كان معنى قول الموصى للثالث قد أشركتك معهما إشراكه معهما جملة واحدة أى التسوية بين الكل لا إشراكه مع كل واحد منهما منفردا : أى تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور ، وإن كان معناه هو الثانى فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور . وبالجملة ماذكره الشارحان المزبوران من وجهى القياس والاستحسان معنيان متضادّان لايمكن اجتماعهما فى محل واحد ، فمعنى كلام الموصى لغة وعرفا أحدهما لاغير فلم يصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ماذكراه ، وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان فى هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين ، والذى يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقق المساواة بين الكل ، وإلا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الإمكان ، وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفى القياس لايصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لكنه لايحكم به إلا بالبيان) يعنى لايحكم به إلا إذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته ، كذا فى العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : لم لاينوب عنه الورثة فى البيان كما فى الوصية بالمجهول مثل أن أوصى بجزء من ماله فإنه يقال هناك للورثة أعطوا ماشئتم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان كما مر

لو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك (بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك) أى ثم قال لآخر أشركتك معهما فإن له نصف كل ما لكل منهما لأن تحقق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالين) فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الإشراك (فحملناه على مساواته لكل) واحد منهما كما هو وجه القياس (عملا باللفظ بقدر الإمكان) وقوله (ومن قال) يعنى لورثته (علىّ لفلان دين فصدّقوه) يصدق إلى الثلث استحسانا (وفى القياس لايصدق لأنه أقرّ بمجهول) والإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لكن إذا اقترن به من جهة المقرّ بيان وقد فات بموته ، وقوله فصدقوه : يعنى فيما قال لايصلح بيانا لكونه (صدر مخالفا للشرع لأن المدعى لايصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقرارا مطلقا من كل وجه ، فلا

خصاما ، وعساهم يختلفون فى الفضل إذا ادعاه الخصم وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما فى يده من غير منازعة (وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم) لأن هذا دين فى حق المستحق وصية فى حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشىء ظهر أن فى التركة دينا شائعا فى النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقرّوا والورثة بثلثى ما أقروا) تنفيذا لإقرار كل فريق فى قدر حقه

فى الكتاب فتأمل (قوله وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين فى حق المستحق وصية فى حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية : حاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا ، فباعتبار شبه الوصية لايصدق فى الزيادة على الثلث ، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعا فى الأثلاث ، ولا يخصص بالثلث الذى لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين اهـ . وقد سبقه تاج الشريعة إلى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه . أقول : فيه كلام ، وهو أن العمل بمجموع الشبهين إن كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الإقرار فى هذا التصرف إذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم ، بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كما إذا قال إذا جاءكم فلان وادّعى شيئا فأعطوه من مالى ولم يعتبروا شبه الإقرار قط حيث لم يجعلوا له حكما أصلا فى تلك الصورة وإن لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة فى هذه الصورة . واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : فيه بحث ، فإنه لايؤخذ بقوله فى هذه الصورة لا فى الثلث ولا فى أقل منه ، بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اهـ . وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال فى الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك أن عدم التصديق فى الزيادة على الثلث لايوجب التصديق فى الثلث ، فالمعنى لايصدق فى صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اهـ . أقول : ليس هذا بمستقيم ، فإن مراد ذلك المعترض أنه لايؤخذ بقول المدعى فى هذه الصورة لافى الثلث ولافى أقل منه كما لايؤخذ بقوله فى الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغا ما بلغ . فمن أين يظهر اعتبار شبه الوصية ، وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لايصدق فى الزيادة يدل على أن يصدق فى الثلث وما دونه ، وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تأمل تقف . ثم إن الإمام الزيلعى استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال فى شرح الكنز : هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث وههنا لزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى أيديهم من الثلث شىء فوجب أن لايلزمهم تصديقه انتهى . أقول : هذا الإشكال ساقط جدا ، إذ لايلزم الورثة فى هذه الصورة أن يصدّقوه إلى الثلث ، كما لايلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث ، وإنما اللازم لهم ولأصحاب الوصايا فى هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا ، وليس فى هذه الصورة إلزام الورثة أن يصدقوه فى أكثر من الثلث ، فإن أصحاب الوصايا فيما إذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لايأخذون الثلث بطريق التملك التام ، بل إنما يأخذونه بطريق العزل والإفراز ، فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه

يعتبر . وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقرّ قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مالك لذلك فى الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ . فإن قيل : لوكان قصده الوصية لصرح بها . أجاب بقوله (وقد يحتاج) أى المقر إلى مثل هذا الكلام لعلمه بأصل الحق الذى عليه دون مقداره سعيا منه فى تفريغ ذمته فيجعلها) أى هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادّعى شيئا فأعطوه من مالى ماشاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق إلى الثلث دون الزيادة) وقوله (فإن أوصى بوصايا غير ذلك الخ) واضح ، وحاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لايصدق فى الزيادة على الثلث ، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعا فى الأثلاث ولا يخصص بالثلث الذى لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين .

(قوله فباعتبار شبه الوصية لايصدق فى الزيادة) أقول : فيه بحث فإنه لايؤخذ بقوله فى هذه الصورة لافى الثلث ولا فى أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل .

وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادّعى المقرّ له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ماجرى بينه وبين غيره .
قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لايملك فصح في الأول وبطل في الثاني ، بخلاف ما إذا أوصى لحيّ وميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحيّ والوارث من أهلها ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا . وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي ، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لايصح في حق الأجنبي أيضا ، لأن الوصية إنشاء تصرّف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما وأما الإقرار فإخبار عن كائن ، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي . ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به ، ولا إلى إثبات الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكا ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لايزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الإنشاء

بتصديقهم المدعى فيما شاء ، ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والإفراز ، ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعى أيضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال ، وعن هذا قالوا : إن هذا تصرف يشبه الإقرار والوصية ، فباعتبار شبه الوصية لايصدق في الزيادة على الثلث ، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعا في الأثلاث ولا يختص بالثلث الذى لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادّعى المقرّ له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين : ينبغي أن لايحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادّعاه زائدا عليه ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فتأمل اهـ أقول : ليس هذا بكلام صحيح . أما قوله ينبغي أن لايحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادّعاه زائدا عليه فلأن تحليف الورثة فيما إذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة ، بل لكون المدعى هناك ممن يدعى حقا لنفسه من تركة الميت ، ولاريب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركة الميت لايمنع صحة الدعوى ، فإذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة إذا أنكروا . وأما قوله ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فلأن دعوى الدين لاتختص بالثلث الذى في أيدى أصحاب الوصايا ، بل يختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعى فيما إذا ادعى زائدا على الثلث إنما يدعى الدين في حق

وقوله (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه) ظاهر . وقوله (وهذا) أى هذا الإيصاء (بخلاف ما إذا أقرّ بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لايصح في حق الأجنبي) كما لايصح في حق الوارث (لأن الوصية إنشاء تصرف) أى ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها ، والشركة إنما تثبت حكما له عقيبه فحيث لم يقع التمليك الذى هو السبب صحيحا لايثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها . وأما في الإقرار فسبب الشركة غيره وهو ماكان سببها قبلها ، فإن الإقرار يقتضى سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما . وفي ذلك : أى في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث على ماذكر في الكتاب وهو باطل ، ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادقا على ذلك أو جحد الأجنبي أو الوارث ذلك أو أنكراه جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : إذا لم يتصادقا صح في حصة الأجنبي ، لأن الوارث مقرّ ببطلان حقه وببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر ، وقالا : إثباته مشتركا هو المبطل وقد وجد . ولقائل أن

(قال المصنف : ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا الخ) أقول : ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلا بلا ملاحظة الدليل الأول . (قال المصنف : حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا) أقول : لأنه لو صح في نصيب الأجنبي فما أخذ يأخذ الوارث نصفه منه لأنه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فبطل ذلك النصف ويصير للورثة فيرجع الوارث ثانيا عليه بنصف ما بقي في يده لأنه لم يسلم له ما أخذ أولا واستحق هكذا إلى أن بقي في يده فلس فلا يكون مفيدا في حق الأجنبي فافهم ، إلا أن هذا التقرير لايلائم ظاهر كلام المصنف ثم لايزال يقبض فيبطل

حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا . قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردىء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل . قال (إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين ، فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون فثبت الأدون ، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون) لأن صاحب الجيد لاحق له فى الردىء بيقين ، لأنه إما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما ، وصاحب الردىء لاحق له فى الجيد الباقى بيقين ، لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ، ويحتمل أن يكون الردىء هو الردىء الأصلى فيعطى من محل الاحتمال ، وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الردىء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة . قال (وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم ، فإن وقع البيت فى نصيب الموصى فهو

الزيادة على الثلث لا الوصية ، حتى لو ادعى الوصية فيه لاتسمع دعواه رأسا فضلا عن التحليف (قوله ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك) أقول : فى ظاهر تعبير المصنف هاهنا فساد لأن هلاك حق كل واحد منهم إنما يتصور فيما إذا ضاع الأثواب الثلاثة معا ، والمفروض فى وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية ، فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذى هو حقك قد هلك فإنه كذب ظاهر لاينبغى أن يسمع أصلا ،

يقول : هذا الإقرار بالنظر إلى الأجنبى صحيح ، وبالنظر إلى الوارث غير صحيح ، فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى إلى إبطال حق الغير ؟ فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهى أن اليقين لايزول بالشك . وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ، ففى كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للأجنبى الملك فيه بالنظر إلى صحة الإقرار له ولا يثبت بالنظر إلى الوارث ولم يكن له ملك قبل الإقرار فلا يثبت بالشك . وقوله (بقاء وبطلانا) أى بقاء فى حق الأجنبى وبطلانا فى حق الوارث يعنى تبقى الوصية صحيحة فى حق الأجنبى وتبطل فى حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر . قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردىء الخ) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردىء ، تخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدرى أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذى هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصى (إلا أن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فإن المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ماذكر المصنف فى الكتاب ، وهو واضح إذا ابتدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردىء ، وإن ابتدأ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر ، وهو أن يقال : الهالك إن كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط فى الجيد منهما ، وإن كان الهالك أردأ من الباقيين فحق صاحب الوسط فى الردىء منهما ، فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك أخرى ، وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له فى الباقيين ، فإذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين فى حال ولا يتعلق فى حالين فيأخذ ثلث كل واحد فبقى صاحب الجيد وصاحب الردىء فصاحب الجيد يدعى الجيد ولا يدعى الردىء لأنه لاحق له فيه قطعا وصاحب الردىء يدعى الردىء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردىء لصاحب الردىء . وقوله (وإذا كانت الدار بين رجلين) ظاهر إلى قوله ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع

فى ذلك القدر ، لكن الأمر سهل (قال المصنف : لأنه إما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما) أقول : ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الأصلى (قوله فإذا كان حقه يتعلق الخ) أقول : مثلا يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ، ولا يتعلق به حال كونه وسطا وحال كونه أردأ من الردىء ، وقس عليه تعلقه بالردىء .

للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع فى نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره ، لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثانى ، وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التى هى مبادلة لاتنفذ الوصية السالفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ، ثم إذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع فى نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية فى بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية فى بدلها ، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لاتتعلق الوصية بثمنه ، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على مابيناه ولا تبطل بالقسمة . ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة ، لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة ، لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت إذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فيه ، ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع ، وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ، وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء ،

فضلا عن أن يترتب عليه حكم شرعى بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك يقتضى الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه . والأولى فى التعبير ماذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والإمام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الورثة أن يقولوا : حق واحد منكم بطل ولا ندرى من بطل حقه ومن بقى حقه ، فلا نسلم إليكم شيئا . والذى يمكن فى توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه : الثوب الذى قد هلك يحتمل أن يقول حقك فكأنه تسامح فى العبارة بناء على ظهور المراد ، ووافقه صاحب الكافى فى هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع ، وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية : فيه بحث ، وهو أنه قال فى كتاب القسمة : والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات ، ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض ، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة ؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك ، فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر هاهنا لأن الجبر لايجرى فى المبادلة ، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد ، وإلى هذا أشار بقوله : وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اهـ . وقد سبقه إلى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية . أقول : قد خبط الشارحان المزبوران فى الجواب المذكور جدا حيث قصدا التوفيق بين كلامى المصنف فى المقامين ، ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف فى كتاب القسمة وما أطبقا عليه مع سائر الشراح فى بيان مراده هناك ، فإن المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض : إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد . وقال : معنى المبادلة

وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال فى كتاب القسمة : والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض ، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة ؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر هاهنا لأن الجبر لايجرى فى المبادلة ، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد ، وإلى هذا أشار بقوله (وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقى ظاهر .

وإن وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه ، إما لأنه عوضه كما ذكرناه ، أو لأن مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن . إلا أنه يتعين البيت إذا وقع فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك ، وإن وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر ، كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته ، فالمراد فى جزاء الطلاق مطلق الولد وفى العتق ولد حى ثم إذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له ؛ وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون

مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين ، وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح فى شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض أن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض لما أجبر القاضى على القسمة فى ذلك . أجاب بقوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد . ولا منافاة بين الجبر والمبادلة ، فإن المبادلة مما يجرى فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير ، كما فى قضاء الدين فإن المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته اهـ . ولا يذهب على ذى مسكة أن أن مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافى ذلك . والصواب فى حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذى تمحل الشارحان المزبوران لدفعه ما تمحلاه أن يقال : يعنى أن معنى المبادلة وإن كان ظاهرا فى غير المكيل والموزون إلا أنه يجعل ذلك المعنى فى هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الإفراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصى وقصده الذى هو تكميل المنفعة ، فإن مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت ، وقد أفصح عن هذا المعنى الإمام قاضيخان حيث قال : ولهما أن القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وإن كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ، ولو اشتريا دارا واقتسما لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهى إفراز فى حق بعض الأحكام ؛ ألا يرى أنه يجبر عليها . ولو بنى أحدهما فى نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الأرض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة فى القسمة ، والمشترى لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ، ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الأحكام على عكسها فثبت أنها إفراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل إفرازا فى حكم الوصية تصحيحا للوصية لأن مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة ، وإذا جعلت القسمة إفرازا ظهر أنه أوصى بما يملكه اهـ تدبر (قوله وإن وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه ، إما لأنه عوضه كما ذكرناه) يعنى فى الجارية الموصى بها كذا فى العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه عوضه : أى عوض جميع ذلك البيت الواقع فى نصيب الآخر ، بل قدر ذرعان نصفه مما وقع فى نصيبه عوض نصفه ، ولا معاوضة فى نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت ، وما وقع فى نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة إنما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع فى نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع فى نصيب الموصى ، وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع فى نصيب الموصى فباقيان على حالتهما الأصلية فى ملك الموصى وصاحبه ، فلم يكن قوله إما لأنه عوضه صالحا لأن يكون دليلا مستقلا فى إفادة المطلوب هاهنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما إذا وقع ذلك البيت فى نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآتيين وتحرير

وله (إما لأنه عوضه كما ذكرناه) يعنى فى الجارية الموصى بها . وقوله (أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعنى فى وقوعه فى نصيب الشريك (والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعنى فى وقوعه فى نصيبه .

فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ، ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف ، وقيل لاخلاف فيه لمحمد . والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح . حتى أن من أقرّ بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له ، والوصية بملك الغير لاتصح ، حتى لوملكه بوجه من الوجوه ثم مات لاتصح وصيته ولا تنفذ . قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرّع بمال الغير فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم ، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة . فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى . قال (وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقرّ أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقرّ يعطيه ثلث ما فى يده) وهذا استحسان ، والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر رحمه الله ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه ، والتسوية فى إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجه الاستحسان أنه أقرّ له بثلث شائع فى التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرّا بثلث ما فى يده ، بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين

المصنف يقتضى استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقرّ بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له الخ) أقول : فيه كلام ، وهو أن هذا الفرق إنما يتمشى فى صورة إن وقع البيت بعد القسمة فى نصيب الموصى ، وأما فى صورة إن وقع بعدها فى نصيب الآخر فلا ، لأن الموصى حينئذ كان مقرّا بملك الغير لغيره ولم يصر مالكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقرّ له ، ومسئلتنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجه الاستحسان أنه أقرّ بثلث شائع فى التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده) قال صاحب التسهيل : أقول مضى فى فصل إقرار المريض

وقوله (فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل : ينبغى أن يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة ، لأنه لما صحت الوصية عندهما فى عشرة أذرع بقى حق الورثة فى أربعين . قلنا : زعم الورثة أن حقهم فى خمسة وأربعين وحق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه فى عشرة وحق الورثة فى أربعين فيعتبر زعم كل فريق ، فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل أحد عشر . وقوله (وقيل لاخلاف فيه لمحمد) بل قوله فى الإقرار كقولهما فى الوصية والباقى ظاهر . قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينها فبلغه فإما أن يجيز الوصية أولا ، فإن كان الثانى بطلت ، وإن كان الأول جازت ، فإن

(قال المصنف : وعندهما يقسم على أحد عشر سهما ، لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول : قال الإتقانى : ولنا فيه نظر ، لأنه على هذا التقدير كان ينبغى أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعا فينقص إذن منه خمسة أذرع لأن نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقد نقص الخمسة فلا يجوز لأنه حينئذ يلزم تمليك الموصى ملك شريكه وليس له ذلك ، وأيضا إذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لامحالة لأن سهمين من أحد عشر أقل من خمسة ، وأيضا يزاد حق الورثة أيضا بسهم لأن لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمسون ذراعا وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبقى أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى . وقال بعض المشايخ : يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما ، فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهما ، وهذه القسمة أصح عندى انتهى . هذا النظر يرد على تقدير الكافى ورودا ظاهرا . (قوله وحق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب محمد ، وزعم الموصى له أن حقه فى عشرة) أقول : فيه بحث ، فلم لم يعتبر زعمه تمسكا بمذهب محمد إذا وقع البيت فى نصيبه (قال المصنف : والامتناع لحق الورثة) أقول : وقد مر فى أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز

لغيره لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقرًّا بتقدمه فيقدم عليه ، أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه ، ولأنه لو أخذ منه نصف ما فى يده فربما يقرّ الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث . قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لأن الأم دخلت فى الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالأم ، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل فى الوصية فيكونان للموصى له (وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ مايخصه منهما جميعا فى قول أبى يوسف ومحمد . وقال أبوحنيفه : يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد) . وفى الجامع الصغير عين صورة وقال : رجل له ستمائة درهم وأمة تساوى ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوى ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلث الولد عنده . وعندهما له ثلثا كل واحد منهما , لهما ماذكرنا أن الولد دخل فى الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم . وله أن الأم أصل والولد تبع والتبع لايزاحم الأصل ، فلو نفذنا الوصية

أن ابنه لوأقرّ بأخ فجحده أخوه الآخر دفع إليه المقرّ نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لأنه أقرّ بالمساواة . وعند مالك يدفع إليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن . والحاصل أننا عملنا هنا بأصل مالك ثمة وعمل زفر هنا بأصلنا ثمة ، فلا بد للأئمة الحنفية من الفرق بين الإقرار والوصية أو الاتحاد ، ويحتمل أن يكون فى المسئلة روايتان ، إلى هنا لفظ التسهيل . وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك . قلت : الفرق بينهما بيّن فإن المساواة من اللوازم البينة للإخوة دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ، فالإقرار بالأخ يتضمن الإقرار بالمساواة ، بخلاف الإقرار بالوصية فإنه لايتضمن الإقرار بها اهـ . أقول : ليس هذا بشيء ، فإن الذى من لوازم الإخوّة إنما هو المساواة فى جملة التركة لا المساواة فيما فى يد أحد الأخوين فقط كنصف التركة مثلا ، وإلا يلزم أن يكون حصة أحد الإخوة النصف وحصة مجموع الأخوين النصف ، وهذا ظاهر البطلان ، والمساواة فى جملة التركة إنما تقتضى كون حصة الأخ المقرّ له ثلث ما فى يد المقرّ لانصفه كما فيما نحن فيه من الإقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين . ثم إن قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام أيضا ، لأن المساواة إنما لاتكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة ، وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث فى الابنين ، وكون إقرار أحدهما بوصية المورّث لرجل بثلث ماله فلابد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لايخفى .

دفعها إلى الموصى له تمت ، وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها ، لأن هذا تبرّع بمال الغير إلى آخر ما ذكر فى الكتاب وهو واضح إلى قوله (فيكون مقرًّا بتقدمه فيقدم عليه) فإن كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه إليه كله والباقى ظاهر . وقوله (فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع) يعنى تسرى الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع إلى الولد الحادث قبل القبض وإذا سرت الوصية إلى الولد صار كأن الولد كان موجودا فأوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية فى ثلثى كل واحد منهما كذلك هاهنا (وله أن الأم أصل) يعنى فى الوصية (والولد تبع فيه) أى فى الوصية على تأويل الإيصاء ، وإنما

بإجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا خلافا للشافعى (قال المصنف : اما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول : وكذا الأخ الذى أقر أحد الابنين بأخوته وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطى له نصف ما فى يد المقر كما سبق فى آخر كتاب الإقرار فلا بد من الفرق (قال المصنف : وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا) أقول : الظاهر أنه بالحاء المهملة : أى ما يصير حصته منهما ، يقال حصتى منه كذا : أى صار حصتى منه .

فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الأصل وذلك لايجوز بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع فى التبع لايؤدى إلى نقضه فى الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ، ولكن الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسدا (هذا إذا ولدت قبل القسمة ، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

(فصل فى اعتبار حالة الوصية)

قال (وإذا أقرّ المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشىء أو وهب لها ثم تزوّجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة) لأن الإقرار ملزم بنفسه وهى أجنبية عند صدوره ، ولهذا يعتبر من جميع المال ، ولا يبطل بالدين إذا كان فى حالة الصحة أو فى حالة المرض ، إلا أن الثانى يؤخر عنه ،

(فصل فى اعتبار حالة الوصية)

لما ذكر الحكم الكلى فى الوصية وهو الحكم الذى يتعلق بثلث المال ذكر فى هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول . والأصل مقدم على العارض ، كذا فى الشروح (قوله وإذا أقرّ المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشىء أو وهب لها ثم تزوّجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية : وهذا بناء على أن المعتبر فى جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث

كانت الأم أصلا لأن الإيجاب تناولها قصدا ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد ، ولا مساواة بين الأصل والتبع فتنفذ الوصية بالأم ثم يكون له من الولد قدر ما بقى من الثلث ، وتنفيذ الوصية فى جميع الأم كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لأنه يؤدى إلى نقصها فى بعض الأصل ، وذلك لايجوز لأن فيه إبطال الأصل بالتبع . وقوله (إلا أنه لايقابله بعض العوض) جواب عما يقال لانسلم أن تنفيذ البيع فى التبع لايؤدى إلى نقصه فى الأصل فإن بعض الثمن لايقابله شىء فى ذلك وفيه نقض له بحصته . ووجهه أنه إنما لايقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ، فإن العوض الواحد لايقابل بعوضين لكن لايوجب ذلك النقص فى المبيع لأن الثمن تابع إلى آخر ماذكره . وقوله (وإذا اتصل به القبض) إنما قيد بذلك لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضا بالأصل ، حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لايقابله شىء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن ، والله أعلم.

(فصل فى اعتبار حالة الوصية)

قال فى النهاية : لما ذكر الحكم الكلى فى الوصية وهو الحكم الذى يتعلق بثلث المال ذكر فى هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول والأصلى مقدم على العارض . قوله (وإذا أقرّ المريض لامرأة) واضح مبناه أن المعتبر فى جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لايوم الوصية ، والمعتبر فى فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال ، لأن الإقرار تمليك للحال ، فمتى كان المقرّ له وارثا يوم الإقرار لايصح إقراره إذا كان المقرّ مريضا . وقوله (لأن الإقرار ملزم) فيه تلويح إلى ردّ قول زفر ، وهو أن الإقرار أيضا باطل لأن إقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا يصح للوارث . ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت فى باب الوصية . وقوله (إلا أن الثانى يؤخر عنه) أى تنفيذ حكم الإقرار

(فصل فى اعتبار حالة الوصية)

بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ، ولا وصية للوارث ، والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى مابعد الموت حكما لأن حكمها يتقرّر عند الموت ؛ ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث . قال (وإذا أقرّ المريض لابنه بدين وابنه نصرانى أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده ، والإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوّة قائم وقت الإقرار فيعتبر فى إيراث تهمة الإيثار ، بخلاف ماتقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهى طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهى نصرانية ثم أسلمت قبل موته لايصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره ، وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا فأعتق لما ذكرنا وذكر فى كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقرّ لمولاه وهو أجنبى ، وإن كان عليه دين لايصح لأنه إقرار له وهو ابنه ، والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت . وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك فى الحال وهو رقيق ، وفى عامة الروايات هى فى مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح . قال (والمقعد والمفلوج

يوم الموت لايوم الوصية ، والمعتبر فى فساد الإقرار وجوازه كون المقرّ له وارثا للحال لأن الإقرار تمليك للحال ، فمتى كان المقرّ له وارثا يوم الإقرار لايصح إقراره إذا كان المقرّ مريضا اهـ . واقتفى أثره فى هذا التقرير صاحب العناية . أقول : فى عبارتهما خلل حيث قالا : لأن الإقرار تمليك للحال ، مع أنهم قد صرحوا فى كتاب الإقرار بأن الإقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للمقرّ به ، وقالوا : ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقرله يعلم أنه كاذب فى إقراره لايحل له أخذه ، وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة : منها أن المريض إذا أقرّ بجميع ماله لأجنبى صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ، ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم ، فحق العبارة أن يقال : لأن الإقرار تصرف فى الحال كما قاله المصنف رحمه الله فى أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية فى شرح هذا المقام : أى لاتصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت ، أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكرهنا وذكر فى كتاب الإقرار أنه إن لم يكن عليه : أى على العبد دين يصح اهـ . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن ماذهبا إليه فى شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام ، فإنهما حملا قول المصنف وكذا لوكان الابن عبدا أو مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط ، مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعا وهى الإقرار والهبة والوصية ، لأنه كان عاما لها فى المسئلة السابقة ، فانتظام إطلاق التشبيه فى قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا يقتضى العموم لها فى هذه المسئلة أيضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا إليها ، فإن ماذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة فى الصور الثلاث جميعا بلا ريب . ثم إن قولهما أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا ، إن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكرهنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة أيضا لم تذكرا هنا بعينهما صراحة بل اندرجتا فى إشارة

فى حالة المرض يؤخرعن تنفيذ حكم الإقرار الذى فى حالة الصحة (بخلاف الوصية لأنه) يعنى الوصية بتأويل الإيصاء . وقوله (وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق) يعنى لاتصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت ، أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هاهنا (وذكر فى كتاب الإقرار أنه إن لم يكن عليه) أى على العبد (دين يصح) إلى آخر ما ذكرفى الكتاب . وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لايقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة

(قوله أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هاهنا) أقول : فيه بحث ، فإن لفظ الجامع الصغير هاهنا هكذا على ما نقله الإتقانى . وقال فى المريض أقر لابنه وهو نصرانى بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل ، وكذلك إن كان الابن عبدا فأعتق فى هذا اهـ .

والأشلّ والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لايشتغل بالتداوى ، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وإن وهب عند ما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش)لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ، والله أعلم .

(باب العتق فى مرض الموت)

قال : ومن أعتق فى مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا .

قوله وكذا لو كان الابن عبدا أومكاتبا فأعتق فما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتى الوصية والهبة دون صورة الإقرار ، وإن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكرهنا أصلا لاصراحة بعينها ولا اندراجا فى إطلاق إشارة شىء فهو ممنوع ، فإن مسئلتنا هذه مع ماقبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على مانقل فى غاية البيان هكذا : وقال فى المريض أقرّ لابنه وهو نصرانى بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل ، وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق فى هذا اه . ولايذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتى الوصية والهبة سيان فى الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله كذلك لو كان الابن عبدا فأعتق فى هذا . فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها فى هذه المسئلة أيضا لدليل ماذكرناه فى المسئلة السابقة ، وأن مراده بقوله وذكر فى كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن فى صورة الإقرار رواية للصحة أيضا ، وكذا فى صورة الهبة ، وأما فى صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا تبصر ترشد .

(باب العتق فى مرض الموت)

قال جمهور الشراح : الإعتاق فى المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة ، وأخّره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اه . أقول : فيه فتور ، لأن الإعتاق فى المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة ، فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف

(والأشل) من شلت يده (والمسلول) هو الذى به مرض السل ، وهو عبارة عن اجتماع المرة فى الصدر ونفثها . وقوله (صار طبعا من طباعه) يعنى خرج من أن يكون مريضا مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ، والله أعلم) .

(باب الإعتاق فى مرض الموت)

الإعتاق فى المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة ، وأخّره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل . قال (ومن أعتق عبدا فى مرضه) كلامه واضح .

(باب العتق فى مرض الموت)

(قال المصنف : ويضرب به مع أصحاب الوصايا) أقول : الأظهر أن يقال : يضرب كل من هؤلاء بحكم كل من العتق والمحاباة والهبة

وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز ، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لاحقيقة الوصية لأنها إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة ، وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة فى حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما فى الهبة ، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه فى حال صحته اعتبارا بحالة الإضافة دون حالة العقد ، وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحا فهو من جميع المال وإن كان مريضا فمن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لاحق فى ماله . قال (وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبى حنيفة ، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء ، وقالا : العتق أولى فى المسئلتين) والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته فى الثلث لايقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع فى المرض ، والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والمحاباة فى البيع إذا وقعت فى المرض لأن الوصايا قد تساوت ، والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق ، وإنما قدم العتق الذى ذكرناه

يكون هذا من أنواع الوصية ؟ نعم إنه فى حكم الوصية إذا وجد فى مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لامن جميع المال كما سيأتى أيضا فى الكتاب ، فالوجه أن يقال : لما كان الإعتاق فى المرض أمرا يغاير حقيقة الوصية ولكن كان فى حكمها أفرده بباب على حدة وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هى الأصل (قوله وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول : فى عبارة المصنف هنا تسامح ، فإن قوله جائز فى النسخة الأولى محمول فى الكلام ، وقوله فهو وصية فى هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثانى مكان الأول ، فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز (قوله وإنما قدم العتق الذى ذكرناه

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أى المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لاحقيقة الوصية ، لأن الوصية عبارة عما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته متطوعا . وقوله (كالضمان والكفالة) غاير بينهما بالعطف لأن الضمان أعم من الكفالة ، فإن من الضمان مالا يكون كفالة بأن قال لأجنبى خالع امرأتك على ألف على أنى ضامن ، وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على أنى ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف ، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبى لاعلى المرأة ، والخمسمائة على الضامن دون المشترى . وقوله (وما نفذه من التصرف) أى نجزه فى الحال ولم يضفه إلى مابعد الموت (فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحا فهو من جميع المال ، وإن كان مريضا فهو من الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأنه بالبرء تبين أنه لا حق لأحد فى ماله) وقوله (فإن حابى ثم أعتق) صورته رجل باع فى مرضه عبدا يساوى ألفين من رجل بألف وأعتق عبدا يساوى ألفا ولا مال له سواهما (فالمحاباة أولى) وإن ابتدأ بالعتق تحاصا فيه (عند أبى حنيفة) ففى الأول يسلم العبد للمشترى بألف ، ولم يبق من الثلث شىء إلا أن العتق لايمكن رده فيسعى العبد فى قيمته للورثة ، وفى الثانية يتحاصان فى مقدار الثلث (وقالا : العتق أولى) سواء قدم المحاباة أو أخرها فيعتق العبد مجانا لأن قيمته بقدر الثلث ، ويخير المشترى إن شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة فى الثمن من غير رضاه ، وإن شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد ألفى درهم والأصل المذكور فى الكتاب ظاهر . وقوله (إلا العتق الموقع) أى المنجز لا المفوض إلى إعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو يوصى بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لايقدم . وقوله (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتى بيوم كما سيجىء . وقوله (والمحاباة فى البيع) بالرفع معطوف على قوله إلا العتق الموقع .

ش أصحاب الوصايا : اى فى الثلث (قال المصنف : لأنها إيجاب بعد الموت) أقول : قياس من الشكل الثانى .

آنفا لأنه أقوى فإنه لايلحقه الفسخ من جهة الموصى ، وغيره يلحقه . وكذلك المحاباة لايلحقها الفسخ من جهة الموصى ، وإذا تقدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم البعض على البعض . لهما فى الخلافية أن العتق أقوى لأنه لايلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ، ولا معتبر بالتقديم الذكر لأنه لايوجب التقدم فى الثبوت . وله أن المحاباة أقوى ،

آنفا لأنه أقوى ، فإنه لايلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه الفسخ ، وكذلك المحاباة لايلحقها الفسخ من جهة الموصى) أقول : فى هذا التحرير قصور بل خلل . أما أولا فلأن قيد من جهة الموصى فى قوله فإنه لايلحقه الفسخ من جهة الموصى حشو مفسد لأنه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضا فى الروايات ، كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصى كما فى المحاباة مع أن الفسخ لايلحق العتق من جهة أحد أصلا وإن لحق المحاباة من جهة غير الموصى وهو المشترى . وأما ثانيا فلأن قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم بإطلاقه أن يلحق الفسخ المحاباة أيضا من جهة الموصى مع أنه قال وكذا المحاباة لايلحقها الفسخ من جهة الموصى . فالحق فى تحرير هذا المقام أن يقال : فإنه لايلحقه الفسخ أصلا والمحاباة لايلحقها الفسخ من جهة الموصى وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصى وغير الموصى أيضا . ثم إن كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا فى تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ : أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال اه . أقول : ليس ذلك بسديد ، فإن العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال : إن العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح مع أنه لايخفى أن العتق المعلق أيضا لايلحقه الفسخ عندنا . فالحق أن يقال فى تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ : أى غير العتق الذى ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لايخفى ، واللفظ أيضا يساعده لامحالة ، فإن العتق الذى ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى . (قوله وإذا قدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية فى تفسير قوله يستوى فيه من سواهما : أى سوى العتق والمحاباة ، واقتفى أثره صاحب العناية . أقول : فيه سماجة ظاهرة ، فإن كلمة من فى قوله من سواهما تأبى هذا التفسير جدا كما لايخفى ، وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافى ذلك كما ترى . فالوجه فى تفسير ذلك أن يقال : أى سوى المعتق والذى حوبى له أوسوى أهل العتق والمحاباة . نعم يمكن تقدير المضاف فى تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر فى مقام التفسير ، إذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية ، فبقيت السماجة فى تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله لهما فى الخلافية) قال صاحب العناية فى بيان الخلافية : وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العينى . أقول : هذا شرح فاسد ، لأن الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التى قدم فيها المحاباة على العتق والتى قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما ، وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان فى تينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لايخفى على ذى مسكة ، فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الأولى منهما ، والصواب فى بيانها أن يقال : وهى التى اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لأنه لايوجب التقدم فى الثبوت) قال فى العناية :

وقوله (وغيره يلحقه) أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال . وقوله (يستوى فيه من سواهما) أى سوى العتق والمحاباة . وقوله (لهما فى الخلافية) وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وقوله (لايوجب التقدّم فى الثبوت) ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك هاهنا

(قوله وغيره يلحقه : أى غير العتق الموقع) أقول : فيه أن الظاهر أن يقول : أى غير ماذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق ، وتعميم الموقع بهما خلاف الظاهر . (قوله يستوى فيه من سواهما : أى سوى العتق والمحاباة) أقول : فيه شىء ، فإن لفظة من تأبى هذا التفسير (قوله وهى التى قدم الخ) أقول : فيه شىء ، فإن الظاهر التعميم للمسئلتين .

لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته ، والإعتاق تبرّع صيغة ومعنى ، فإذا وجدت المحاباة أولا دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة ، وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان ، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين ، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى ، وعندهما العتق أولى بكل حال .

ألا يرى أنه إذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك هاهنا اهـ ، وهكذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الأسرار . أقول : لقائل أن يقول : حكم الإيصاء فى صورة التنوير نازل وقت موت الموصى فى حق كل واحد منهم ، لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق ، والحكم فى التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذى هو الموت فى حق كل واحد منهم فى صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثا ، بخلاف ما نحن فيه فإن العتق الموقع فى المرض منجز غير مضاف إلى ما بعد الموت ، وكذا المحاباة فى البيع إذا وقعت فى المرض والمنجز يوجب الحكم فى الحال لا محالة فينبغى أن يثبت الحكم فى المقدم فى الذكر قبل أن يثبت فى المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان) قال فى العناية : فيه بحث ، وهو أن يقال : المحاباة الأولى مساوية للمحاباة الثانية ، والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها ، فالمحاباة

وقوله (لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة) يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها (فكان تبرّعا بمعناه لا بصيغته ، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى) لأنه لم يثبت فى ضمن المعاوضة وبالمرض يلحّقه الحجر عنه . وقوله (قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان) فيه بحث ، وهو أن يقال : المحاباة الأولى مساوية للمحاباة الثانية ، والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها ، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها ، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبى حنيفة ، وأيضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا ، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح يستدعى أن تنفذ الأولى ثم الثانية . والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته ، وقياس المساواة ليس كذلك عرف فى موضعه . وعن الثانى بأنه إنما تحاصا لأن ما يحتمل النقض من تبرّعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث ، وإذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت ويثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا ، كذا فى النهاية . وقوله (قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة ، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى) فإن قلت : لم لم يقسم بين

(قوله وقوله لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة : يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها) أقول : ضمير عنها راجع إلى المعاوضة (قوله فكان تبرعا بمعناه) أقول تذكير الضمير الراجع إلى المحاباة إما باعتبار الخبر أو لكونه بمعنى أن مع الفعل ، أو على تأويل ما ذكر (قال المصنف : وهو لا يحتمل الدفع) أقول : لكون المحاباة أقوى منه (قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول : أى ثبت نقيض ما أثبته (قال المصنف : ثم أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق) أقول : قال فى الكافى : فإن قيل : ينبغى أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده ، لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق ، والمحاباة الأولى مرجحة على العتق ، والمساوى للمرجوح مرجوح ، وكذا فى المسئلة التى قبلها ينبغى أن لا يشارك العتق الثانى الأول عنده ، لأن العتق الأول يساوى المحاباة ، والمحاباة راجحة على العتق الثانى ، والمساوى للراجح راجح . قلنا : لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللا ، وكذا إذا تخلل الغير اهـ . وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح) أقول : لم يذكر ذلك صريحا . نعم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان ، فإن التقدم إذا كان سببا لمساواة المرجوح الراجح يكون سببا أيضا لرجحان المساوى . والجواب أن سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث أنه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاحمة ضرورة ، وأحد المتساويين إذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضا لأنه ليس أقوى منه فتثبت المزاحمة أيضا ، ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر فى الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته ، وقياس المساواة ليس كذلك عرف فى موضعه) أقول : فيه تأمل ،

قال (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقى عند أبى حنيفة رحمه الله ، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقى شىء من الحجة يرد على الورثة . وقالا : يعتق عنه بما بقى) لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج . وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لايجوز ، بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة وهى حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقى إليه ، وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق ، وعنده حق العبد حتى لاتقبل البينة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق وهذا أشبه . قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه فى مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع فى شىء لأن العتق فى مرض الموت وإن كان فى حكم الوصيه وقد

الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وأيضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا ، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح يستدعى أن ينفذ الأولى ثم الثانية. والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته ، وقياس المساواة ليس كذلك عرف فى موضعه . وعن الثانى أنه إنما تحاصا لأن مايحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث ، وإذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا فى النهاية ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه نظر من وجوه : الأول أن السؤال الثانى غير متجه على كلام المصنف أصلا ، إذ لم يقل المصنف قط إن التقديم مطلقا يقتضى الترجيح ، بل إنما قال إن تقديم الأقوى يقتضى الترجيح كما فى تقديم المحاباة على الإعتاق لكون المقدم إذ ذاك دافعا للأضعف المؤخر ، وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضى الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الأقوى كما فى تقديم العتق على المحاباة ، ولا دفع المؤخر المساوى كما فى تقديم إحدى المحاباتين على الأخرى على ماهو المذكور فى السؤال الثانى فلا اتجاه له أصلا على ماذكره المصنف . والثانى أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بسديد ، لأن لزوم النتيجة القياس لذاته إنما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الإنتاج فى الجملة ، فإنهم مصرحون فى علم الميزان بأن قياس المساواة وإن لم يستلزم النتيجة لذاته إلا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كما فى قولنا امساولب وبمساولج فإنه ينتج ، ويستلزم امساولج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهى أن

العتق والعتق ثم بين العتق الثانى والمحاباة ؟ قلت : لايستقيم لأن المحاباة مقدمة على العتق الثانى فلا يكون مساويا لها ، والعتق الأول مقدم على المحاباة فيزاحمها فى الثلث ، ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما ، فإن قيل : كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغى أن يسترد صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثانى ، لأن حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثانى كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة . أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الأول ، لأن حق العتق الأول وحق المحاباة سواء فى الثلث فيؤدى إلى الدور ، وإن نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما . قال (وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح . وقوله (وبقى شىء من الحجة يرد على الورثة) قال الإمام الكنانى : إلا أن يكون الموصى جعل الفضل للذى حج عنه فيكون له . وقوله (وهذا أشبه) يعنى إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيختلف المستحق إذا هلك

فإنهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الأجنبية التى نسبتها تنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهى هاهنا قولنا مساوى المساوى مساو وهم صرحوا بصدقها ، ويجوز أن يقال ذلك فى المساواة الحسية فليتأمل (قوله أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول : يعنى نصف ما أخذه (قوله فيؤدى إلى الدور) أقول : لأنه يسترد منه أيضا صاحب العتق الثانى للتجانس (قوله وقوله وهذا أشبه : يعنى إلى الصواب) أقول : الظاهر تبديل « إلى » باللام (قوله لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول : فيه بحث .

وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة ، لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه . قال (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لأن الدفع قد صح لما أن حق ولىّ الجناية مقدم على حق الموصى ، فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهته إلا أن ملكه فيه باق ، وإنما يزول بالدفع فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته ، فإن فداه الورثة كان الفداء فى مالهم لأنهم هم الذين التزموه ، وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية . قال (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقرّ الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه فى الصحة وقال الوارث أعتقه فى المرض فالقول قول الوارث ، ولا شىء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شىء أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة) لأن الموصى له يدّعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لأن العتق فى الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال ، والوارث ينكر لأن مدّعاه العتق فى المرض وهو وصية ، والعتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا ، والقول قول المنكر مع اليمين ، ولأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين ، إلا أن يفضل شىء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم فى إقامتها لإثبات حقه . قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث أعتقنى أبوك فى الصحة وقال رجل لى على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبد يسعى فى قيمته عند أبى حنيفة ، وقالا : يعتق ولا يسعى فى شىء لأن الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا ، والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين .

كل مساوى المساوى مساو ، والسؤال الأول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى . والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثانى مما لا حاصل له ، فإنه إن أريد أن بتنفيذ المحاباتين جميعا ثم بنقضهما بعد الموت يرتفع تقدم إحداهما على الأخرى فذلك أمر لا يساعده العقل ، وإن أريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما فى ترجيح المقدم على المؤخر فى هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبنى على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضى الترجيح مطلقا . فالصواب فى رد السؤال الثانى ما نبهنا عليه آنفا من أن الذى ذكر فى الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضى الترجيح ، لا أن التقديم

منه شىء ، وتبطل الوصية وتردّ المائة إلى ورثته . وقوله (ومن أوصى بعتق عبده) أى بإعتاق عبده . وقوله (لأنه يتلقى الملك من جهته) أى لأن الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصى (إلا أن ملكه) أى ملك الموصى (باق) فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا أن ملك الميت فيه باق بعد لحاجته (وإنما يزول) ملكه (بالدفع فإذا خرج به) أى بالدفع عن ملكه بطلت الوصية ، كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فإن فداه الورثة كان الفداء فى أموالهم) أى كانوا متبرّعين فيما فدوه به . وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لآخر) واضح . وقوله (وإن كان على المعتق دين) يعنى أن

(قال المصنف : ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى) أقول : قال فى الكافى : والأصل أن الإيصاء بالإعتاق لا يبطل ملك الورثة ، فإن شاءوا دفعوه ، وإن شاءوا فدوه ، فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك ، فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له ، وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا ، فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته ؛ ألا يرى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا ، وإن اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية انتهى . ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما فى الهداية والتوفيق أن العبد وجب إعتاقه بالوصية ، ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت ، وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرتاشى .

وله أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال ، والإقرار بالعتق فى المرض يعتبر من الثلث ، والأقوى يدفع الأدنى ، فقضيته أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لايحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ، ولأن الدين أسبق لأنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لى عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء .

(فصل)

مطلقا يقتضى ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال . وفى دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال : فإن قيل : ينبغى أن يقسم الثلث بين الكل أثلاثا لأن المحاباة الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساويا للأولى لأن المساوى للمساوى مساو . قلنا : العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوى الأولى ، وبهذا خرج الجواب عن إشكال آخر . وهو أن يقال : المحاباة الأولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للأولى فينبغى أن تترجح على العتق كالأولى لأن المساوى للراجح راجح ، لما مر أن رجحان الأولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه ، وكذا لو قال : ينبغى أن لايكون للمحاباة الثانية شىء لأنها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوى للمرجوح مرجوح ، كذا فى الفوائد الحميدية اه فتأمل .

(فصـــل)

ترجم هذا الفصل فى مختصر الكرخى بباب الوصايا إذا ضاق عنها الثلث ، كذا فى غاية البيان . وقدم المصنف باب العتق فى المرض على هذا الفصل لقوة العتق فى المرض لأنه لايلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل ، كذا فى عامة الشروح

من أعتق عبدا فى صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد فى شىء ، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين فى حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر ، وهاهنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كأن الأمرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا كذلك (وله أن الإقرار بالدين) أى ولأبى حنيفة وجهان : أحدهما أن الإقرار بالدين أقوى على ماذكر . والثانى أن العتق لايمكن إسناده إلى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه ، ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لأن إعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى وجوب السعاية ، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت . ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتنى فى صحتك وقال رجل آخر لى عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى فى قيمته للغريم كذلك هاهنا . وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر إلا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو أقرّ بالدين ثم بالوديعة . إذ الإقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا ، بخلاف المورث . وله أن حقه يثبت فى عين الألف مقارنا لثبوت الدين فى الذمة وعند انتقالها منها إلى الألف كان الألف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقالا له ذلك فقال صدقتما . والاختلاف فى هذه المسألة ذكر على عكس ماذكر فى الكتاب فى عامة الكتب

(فصـــل)

قدم باب العتق فى المرض على هذا الفصل لقوّة العتق فى المرض لأنه لايلحقه الفسخ ، بخلاف مسائل هذا الفصل . اعلم أن

(قال المصنف : وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول : قال فى المنظومة فى كتاب الإقرار فى باب أبى حنيفة خلافا لصاحبيه :

لو تركت ألف وهـذا يدعى ... دينا وذاك قال هـذا مودعى
والابن قد صـدق هذين معا ... استويا وأعطيا من أودعا

(فصـــل : ومن أوصى بوصايا)

قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدّمها الموصى أو أخّرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم (فإن تساوت فى القوّة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث) لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم . وذكر الطحاوى أنه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبى يوسف ، وفى رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد .

(قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أوأخرها) أقول : يشكل إطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، فإن العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرّر فى محله ومرّ فى الباب السابق أيضا مع أنه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وإن كان نفسه من التطوّعات كما صرح به فى عامة المعتبرات وذكر فى النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن شرح الطحاوى فتأمل . (قوله لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم) أقول : يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافى قوله فى وضع المسئلة قدمها الموصى أوأخرها إذ على تقدير إن أخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لامحالة فلا يقع منه البداءة هناك بالأهم ، إذ لاشك أن الأهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الأهم . والجواب أن المراد بالبداءة فى قوله والظاهر منه البداءة بما هو الأهم هو البداءة فى الإعطاء والتمليك لا البداءة فى الذكر والتلفظ ، فالمعنى أن الظاهر من حال الموصى البداءة فى الإعطاء والتمليك بما هو الأهم فى الشرع وإن أخره فى الذكر والتلفظ . ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه ويؤديها إلى محلها من الوصى والقاضى ونحوهما لابداءة نفسه . فالمعنى أن الظاهر من حال الموصى أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه ويصرفها إلى محلها بما هو الأهم فى الشرع من بين ماذكره نفسه (قوله فإن تساوت فى القوّة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم) يعنى إن تساوت الوصايا التى من حقوق الله تعالى فى القوّة بأن كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث ، لأن الظاهر من حال

من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أوصيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر ، فإما أن يوصى بها أو لا ، فإن كان الثانى لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على إخراجها لكن لهم أن يتبرّعوا بذلك ، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عندنا . ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما ، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها ، وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة ، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر ، أو كله تطوّعا كالحج التطوّع ، والصدقة على الفقراء ، وما أشبههما . أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله ، وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة ، وإن لم يجيزوها فإن كانت كلها لله وهى فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوّع يبدأ بما بدأ به الميت ، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لأن الفريضة أهم من النافلة . والظاهر منه البداءة بما هو أهم وإن تساوت فى القوّة : يعنى أن يكون الكل فرضا أو واجبا أو تطوّعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصى ، لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم . فإن قيل : أين ذهب قول أبى يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم فى الذكر فإنه لايوجب التقديم فى الثبوت ، فى هذه المسئلة حجة لأبى حنيفة رحمة الله عليهما ؟ أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا . وأما إذا تعدّد المستحق فلا معتبر بالتقديم ، كما لو أوصى بثلثه

(قوله والصدقة على الفقراء) أقول : فإنها تقع فى كف الرحمن فهى حق الله تعالى (قوله وإن لم يجيزوها فإن كانت كلها لله تعالى) أقول : الكلام يحتاج إلى توجيه كما لايخفى (قوله لأن الفريضة أهم من النافلة) أقول : لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفا من عدها من الواجبات ، والقرينة لتلك الإرادة مقابلتها بالنافلة (قوله فإن قيل : أين ذهب) أقول : يعنى فى الفصل السابق (قوله فى هذه المسئلة حجة لأبى حنيفة عليهما) أقول : أبوحنيفة لم يعتبر التقديم فى الذكر ، وإلا فلو أوصى بثلثه لإنسان ثم به لآخر لزم أن يقدم المقدم ، وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه ، صرح به الخبازى فراجعه (قوله أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول : فيه بحث .

وجه الأولى أنهما وإن استويا فى الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى . وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى . ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها فى القوة ، إذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت فى الكفارات ، والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على

الإنسان أن يبتدئ بالأهم . أقول : لقائل أن يقول : فى تمام التعليل نظر ، إذ الظاهر أن الأهم فى حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها ، والمفروض فى وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصوّر أهمية بعضها من بعض ، وإن وجد التفاوت بينها فى القوة من جهة بعد تساويها فى القوّة من جهة الفرضية أو الوجوب أو التنفل فالظاهر أنه أهمها ما هو أقواها فى اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى ، فإن أريد بالأهم فى قوله لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم ما هو الأهم : أى الأقوى فى اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يبتدئ به ، إذ لايهتدى كل أحد إلى معرفة ما هو الأقوى فى اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشىء منها دليلا على كونه أقوى من غيره فى اعتبار الشرع ، وإن أريد بالأهم فى ذلك ما هو الأهم عند المبتدئ كما صرح به فى الكافى حيث قال : لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يبتدئ به فسلم ، لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداءة فى التنفيذ والأداء بما قدمه الموصى فى الذكر مع العلم بكون ما أخره أهم فى فى اعتبار الشرع غير واضح ، فإن كون الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق فى المسئلة المتقدمة هنا أيضا مع أنه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى أو أخرها فليتدبر فى الدفع . ثم إن صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال : ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما ، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها . وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة ، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر ، أوكله تطوّعا كالحج التطوّع والصدقة على الفقراء وما أشبهها ، أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ، فإن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله ، وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن أجازه الورثة ، وإن لم يجيزوها فإن كان كلها لله وهى فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوّع يبدأ بما بدأ به الميت ، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرّها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم اهـ كلامه . أقول : فى تقريره خلل ، لأن ضمير المفعول فى قوله وإن لم يجيزوها إما أن يرجع إلى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل ، أو يرجع إلى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها أو غير جامعة ، فإن رجع إلى الأولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال : فإن جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لايصح قوله فإن كان كلها لله وهى فرائض أو واجبات كلها أو تطوّع يبدأ بما بدأ به ، لأن الوصايا التى كلها فرائض والتى كلها واجبات والتى كلها تطوّع قسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل ، فكيف يتصوّر أن تجعل هنا قسما منها ، وإن رجع إلى الثانية فمع كونه مما يأباه سياق كلامه لزم أن يكون كثير من الأقسام مع أحكامها مهملا متروكا فى مقام التفصيل ، وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث يحتمل الكل أو لايحتمل ذلك . ولكن أجازه الورثة ، فإن كلا منها قد خرج بقوله فيما قبل ، فإن جمع بينها ولم يذكر فيما بعد أصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ، ثم إن الشارح المذكور إنما وقع فيما وقع بزيادة قوله فإن جميع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ، ولو سلك فى التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلم عن

لإنسان ثم أوصى بثلثه لآخر . وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعنى باعتبار أن الفقير حقه فى القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين . وقوله (إذ جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت فى الكفارات) أما فى الزكاة فقوله تعالى ـ والذين يكنزون الذهب والفضة ـ الآية ، وأما فى الحج فقوله تعالى ـ ومن كفر فإن الله غنىّ عن العالمين ـ مكان قوله ومن لم يحج ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهوديا » الحديث . وقوله (والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على

صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر ، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف فى الأضحية ، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض . قال (وما ليس بواجب قدم منه ماقدمه الموصى) لما بينا وصار كما إذا صرح بذلك . قالوا : إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ماكان لله تعالى وما كان للعبد ، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذى ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة . لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة فى نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين. قال(ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال مايكفيه من بلده والوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما قال راكبا لأنه لايلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذى وجب عليه . قال (فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) وفى القياس لايحج عنه ، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه . غير أنا جوّزناه لأنا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ماذكرناه . وهو أولى من إبطالها رأسا . وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل . قال (ومن خرج من بلده حاجّا فمات

جميع ما ذكرنا فى بيان الخلل تأمل تقف (قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح : فمن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبد اه . أقول : لقائل أن يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى ـ وليوفوا نذورهم ـ وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغى أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة فى القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ماذكر فى الكتاب (قوله قالوا : إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفى غاية البيان : قال شمس الأئمة السرخسى فى شرح الكافى :

صدقة الفطر) ترك كفارة الإفطار لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة . وقوله (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فمن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بإيجاب الشرع والنذر واجب بإيجاب العبد ، والنذور تقدم على الأضحية لوقوع الاختلاف فى وجوبها دون وجوب النذور (وما ليس بواجب قدم منه ماقدمه الموصى لما بينا) يعنى قوله لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم وصار كما إذا صرح بذلك وقال « ابدءوا بما بدأت به ، ولو قال كذلك لزم تقديم ماقدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب ، وما جمع بينهما قالوا : إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ماكان لله وما كان للعبد وتجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها ، فإذا قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على أربعة أسهم لأن المقصود بجميعها وإن كان متحدا وهو رضا الله فكل واحدة فى نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الآدميين فإن الجميع منها ، وإن كان المقصود منه القربة إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا . قال (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده) كلامه واضح .وقوله (وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل) يعنى على مذهب أبى حنيفة ، وهو الذى ذكره قبل هذا الفصل بقوله : وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الخ ، وقوله(ومن خرج من بلده حاجا) قيد به لأنه إذا خرج للتجارة

(قوله وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل ، فالأفضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول : قال السرخسى فى محيطه : لأن الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات ، قال عليه الصلاة والسلام « تباهت العبادات عند الله تعالى ، فقالت الصدقة : أنا أفضلها » ولأن نفعها عائد إلى غيره ، ونفع غيرها مقتصر عليه . وقال عليه الصلاة والسلام « خير الناس من ينفع الناس » والحج أفضل من العتق لأنه من الأركان الخمسة ، والبداءة بالأفضل أولى لأنه أجزل ثوابا وأعظم أجرا اه . وأنت خبير بأن قوله ونفع غيرها مقتصر عليه منقوض بالعتق

فى الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبى حنيفة وهو قول زفر . وقال أبو يوسف ومحمد . يحج عنه من حيث بلغ استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاجّ عن غيره فى الطريق . لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحجّ عنه من بلده . وله أن الوصية تنصرف إلى الحجّ من بلده على ماقررناه أداء للواجب على الوجه الذى وجب ، والله أعلم .

فإن قيل : إذا كانت الوصية بحجة الإسلام فينبغى أن تقدم على الوصية لإنسان لأن ذلك ليس بفرض والحج فريضة . قلنا : هذا إذا اتحد المستحق ،فأما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوّة الوصية اه . أقول : فى الجواب نظر ، فإنه منقوض بالعتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى وبالمحاباة فى البيع إذا وقعت فى المرض ، فإن كلا منها يقدم على جميع سائر الوصايا ماكان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث أنه لايلحقه الفسخ أصلا ، وقوة المحاباة أيضا من حيث أنه لايلحقها الفسخ من جهة الموصى كما مر فى باب العتق فى المرض ، ولو لم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى ، لأن المستحق فى المحاباة هو العبد ، وفى حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق ، وكذا الحال فى العتق الموقع فى المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، لأن العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه ، لأن العتق حق الله تعالى عندهما على ماعرف تدبر (قوله لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية : قوله لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام « كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة » فإن الخروج للحج ليس منه . ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين فمات وأوصى به وجب الإكمال بما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ، ذكره فى الأسرار ، فما هو

يحج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعيد هذا . قيل هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن ، فأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق ، لأنه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو ، فكذلك إذا أوصى . وقوله (لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم « كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة » فإن الخروج للحج ليس منه . وردّ بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ، ذكره فى الأسرار ، فما هو جواب أبى حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج . وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لايتجزأ فى حق الآمر ، بدليل أن الأول إذا بدا له فى الطريق أن لايحج بنفسه بعد مامشى بعض الطريق وفوّض الأمر إلى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه ردّ ما أنفقه . وأما الإطعام فإنه يقبل التجزى ، حتى أن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه ، كذا فى الأسرار وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره فى الانقطاع ، إلا أن يقال : التجزى فى الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه لم يشترط فيه التتابع أصلا ، حتى لو جامع فى خلال الإطعام مثلا لم يجب عليه إعادة ماسبق والكتاب أقوى وإن كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به . وقوله (على ماقررناه) أراد به قوله قبيل هذا : ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا الخ .

(قال المصنف : لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة) أقول : وقرر العلامة النسفى فى الكافى دليل الطرفين هكذا : لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة ، وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ـ ومن يخرج من بيته مهاجرا ـ الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان ، بخلاف ما إذا خرج بنية التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده . وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام « كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة » والخروج للحج ليس من الثلاثة ، ولا بناء على المنقطع ، وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لاسفر الحج ، فكان هذا فى المعنى وخروجه للتجارة سواء ، وثمة يحج عنه من بلده فهاهنا كذلك (قوله حتى أن المأمور بالإطعام) أقول : يعنى فى كفارة الظهار .

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة ، وقالا : هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان . وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهى الملاصقة حقيقة

جواب أبى حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج . وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لايتجزأ فى حق الآمر بدليل أن الأول لو بدا له فى الطريق أن لايحج بنفسه بعد مامشى بعض الطريق وفوّض الأمر إلى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه ردّ ما أنفقه ، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزى حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه ، كذا فى الأسرار ، وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره فى الانقطاع ، إلا أن يقال : التجزى فى الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه أقوى وإن كان دلالة فعمل به ، والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به ؛ إلى هنا لفظ العناية . أقول : السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد وأجيب مذكوران فى النهاية وغيرها ، وتصرف هذا الشارح نفسه إنما هو فى قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط ، إذ ليس مدار الجواب المذكور على أن المتجزئ لاينقطع وغير المتجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من أن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره ، بل مداره على أن الانقطاع لايضرّ فى المتجزئ وإنما يضر فى غير المتجزئ ، فإن كل عمل غير متجزّ إذا انقطع قبل التمام يبطل من الأصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما فى الصوم والصلاة ، والحج غير متجزّ ؛ فإذا انقطع بموت الحاج فى الطريق وجب أن يحج من بلد الموصى أداء للواجب على الوجه الذى وجب عليه ، بخلاف العمل المتجزئ فإنه لايلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الأصل ، بل يجوز أن يتمم الآخر مابقى منه ، كما إذا أطعم المأمور بالإطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه كما نص عليه فى الأسرار . وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا ، ولعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال فى تقرير السؤال : ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع فى النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما أطعمه بالموت ، وفى معراج الدراية بدله ، ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الإكمال بما بقى بالاتفاق . ثم إن مدار التوجيه الذى ذكره صاحب العناية بقوله إلا أن يقال التجزى فى الإطعام مستند إلى الكتاب الخ ، على أن التجزى ينافى الانقطاع وإلا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزى الإطعام تعارض أصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور فى حق الإطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوّته ، وقد عرفت أن التجزى لاينافى الانقطاع بل يتحقق الانقطاع فى المتجزئ وغيره ، إلا أن الإكمال بما بقى متصوّر فى المتجزئ دون غيره فلا يقتضى العمل بالكتاب فى حق الإطعام ترك العمل بالحديث المذكور فى حق ذلك كما لايخفى ، فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى .

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

أخر هذا الباب عما تقدمه لأنه ذكر فى هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين ، وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم ، والخصوص أبدا يتلو العموم ، كذا فى الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) قال صاحب العناية :

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

إنما أخر هذا الباب عما تقدمه لأن فى هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين . وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم ، والخصوص أبدا يتلو العموم . قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

(قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب

ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق . وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا ، وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم « لاصلاة لجار المسجد إلا فى المسجد » وفسره بكل من سمع النداء ، ولأن المقصد برّ الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره ، إلاأنه لابد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد ، وما قاله الشافعي رحمه الله : الجوار إلى أربعين دارا بعيد . وما يروى فيه ضعيف. قالوا: ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم الذمى لأن اسم الجار يتناولهم

كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظرا إلى ترجمة الباب ، ويجوز أن يقال : الواو لايدل على الترتيب ، وأن يقال : فعل ذلك اهتماما بأمر الجار اه كلامه . أقول : كل واحد من توجيهه كاسد . أما الأول فلأن الواو إنما لايدل على الترتيب الخارجي : أى لايدل على وقوع مدخوله فى الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه ، وأما ما تأخر مدخوله فى الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضرورى ، ولا يخفى أن مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظرا إلى ترجمة الباب على الثانى : يعنى لما قدم ذكر الوصية للأقارب فى ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك فى بسط المسائل أيضا ليحصل التناسب بين الإجمال والتفصيل ، وعدم دلالة الواو على الترتيب فى الوقوع الخارجى لايدفع ذلك بلا ريب . وأما الثانى فلأن الاهتمام بأمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك فى ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم . ولما لم يفعله هناك علم أن اهتمامه كان بأمر الأقارب . فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أوضحه فى الكافى حيث قال : ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع ؛ ألا يرى أنه لايدخل فيه جار المحلة وجار الأرض وجار القرية صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق اه . وعن هذا قال فى العناية فى شرح قول المصنف لما تعذر صرفه إلى الجميع : يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض . أقول : لقائل أن يقول : عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض فى الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف إلى الموصى نفسه على شىء من ذلك لاحقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلته فإن هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى فى وجه الاستحسان ، فلا يلزم من تعذر صرفه إلى الجميع تعذر صرفه إلى أهل مسجد محلته كما قاله الإمامان حتى يتعين صرفه إلى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولأن المقصد برّ الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره) أقول : ولقائل أن يقول : نعم إن مقصود الموصى من إيصائه لجيرانه برّ الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لاغير لأن الجار من المجاورة وهى الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره ، وإن صير إلى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير إلى الدليل الأول ، فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لايخفى (قوله قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمى لأن اسم الجار يتناولهم) أقول : التعميم المستفاد من قولهم ويستوى فيه الساكن والمالك ينافى تقييد المصنف

نظرا إلى ترجمة الباب ، ويجوز أن يقال الواو لاتدل على الترتيب ، وأن يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار (قوله لأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع) يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق . وقوله (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان فى المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران . وقوله (وما يروى فيه ضعيف) يعنى ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قال « الجار أربعون دارا ، هكذا وهكذا أربع مرات » إشارة إلى الجوانب الأربعة . فإن قيل : هذا خبر لايعرف راويه ؛ وقال ابن قدامة : هذا إن صح كان نصا فى الباب وقد طعن فى راويه (قالوا : ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمى) قال محمد فى الزيادات : وينبغى على قياس قول أبى حنيفة أن يدخل السكان

نظرا إلى ترجمة الباب) أقول : فإنه نص على خصوص الأقارب وقدم على غيرهم المذكور مجملا ، وكل ذلك يدل على أهميته ، وما ذكره بقوله ويجوز لايدفعه ، وكذا قوله وأن يقال الخ . نعم يمكن أن يقال لكل من الأقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الأقارب فى الإجمال والجيران فى التفصيل (قوله إشارة إلى الجوانب الأربعة) أقول : وفى بعض الشروح أشار إلى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول : من الحنابلة .

ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه ، ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن. قال (ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته) لما روى «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام لما تزوّج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكراما لها » وكانوا يسمون أصهار النبيّ عليه الصلاة والسلام . وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيدة ، وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الكل أصهار . ولو مات الموصى والمرأة فى نكاحه

فيما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصى ، إلا أن يكون ما نقله هاهنا عن المشايخ رواية أخرى . لكن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن . وقال بعض المتأخرين : المفهوم من قول المصنف ممن يسكن محلة الموصى الخ اشتراط السكنى فى استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا أو غيرهم . ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اهـ كلامه . أقول : ليس هذا بتام لأن تخصيص خلافهما بالعبد الساكن إنما يكون دليلا على عدم الخلاف فى الحرّ الساكن ، لا على عدم الخلاف فى الحرّ الغير الساكن إذا كانوا ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكا . ثم إن تعليل قولهما فى العبد الساكن بقوله لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح فى اشتراط السكنى عندهما فى استحقاقهما الوصية وإن كانوا أحرارا وملاكا فإنه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدار ، فدل قطعا على أن عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذى هو الموصى له فى الحقيقة ، وهذا إنما يتم باشتراط السكنى عندهما فى استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين : ولقائل أن يقول : لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقا له ، ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية ، إذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقى ، وأيضا الوصية بدءا للعبد ثم لمولاه لأن العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف فى استحقاقه الوصية فتأمل إلى هنا كلامه . أقول : كل من شقى كلامه غير صحيح . أما الأول منهما فلأن العبرة إذا كانت لوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف فى ذلك حقيقيا لامحالة . وأما الذى كان عبدا وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا ، لأنه لما صار حرا فى الوقت الذى له العبرة فى أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الأحرار بلا تفاوت ، فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه . وأما الثانى فلأنه لاشك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شىء للعبد تمليكا مضافا إلى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد إلى مولاه ثانيا ، بل معناها تمليك شىء لمولى العبد كما هو الحال فى سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به ، وإلا يلزم أن يكون العبد أهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد ، فإذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك تمليكا لمولاه ، فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف فى استحقاقه الوصية تأمل ترشد (قوله ومن أوصى لأصهاره) قال صاحب النهاية :

تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وإن كانوا لا يملكون المسكن ، ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل . قال أبو بكر ابن شاهويه : هذه كرخدانية من محمد فى مذهب أبى حنيفة ، وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك . وأقول : ينبغى على قول محمد أن لا يدخل الذمى لأن المسجد لا يضمه إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان . وقوله (ومن أوصى لأصهاره) أى لأقرباء امرأته . قال فى الصحاح : الأصهار أهل بيت المرأة ، وإنما قال : وهذا التفسير اختيار

(قوله وليس كذلك) أقول : من كلام أبى بكر بن شاهويه (قوله وأقول : ينبغى على قول محمد أن لا يدخل الذمى) أقول : لا أدرى ماوجه تخصيص محمد بالذكر .

أو فى عدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت فى عدة من طلاق بائن لايستحقها لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت . قال (ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج) لأن الكل يسمى ختنا . قيل هذا فى عرفهم . وفى عرفنا لايتناول الأزواج المحارم ، ويستوى فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد . لأن اللفظ يتناول الكل . قال (ومن أوصى لأقاربه فهى للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم منه . ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا ، وهذا عند أبى حنيفة . وقال صاحباه : الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له فى الإسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ . وفائدة الاختلاف تظهر فى أولاد أبى طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم . لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف . وله أن الوصية أخت الميراث . وفى الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا فى الوصية ، والمقصد من هذه الوصية تلافى مافرط فى إقامة واجب الصلة وهو يختص بذى الرحم المحرم منه ، ولايدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لايسمون أقرباء ، ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا ، وهذا لأن القريب فى عرف اللسان من يتقرّب إلى غيره بوسيلة غيره . وتقرّب الوالد والولد بنفسه

أى لأقرباء امرأته . وفى الصحاح : الأصهار أهل بيت المرأةاه . واقتفى أثره فى هذا التفسير والاستشهاد بما فى الصحاح صاحبا العناية ومعراج الدراية . أقول : تفسير الأصهار فى هذه المسئلة بأقرباء امرأته لايناسب قول المصنف فيما بعد ، وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الكل أصهار ، فإن كلامنهم ليس من أقرباء امرأته مع أنهم يدخلون فى الإيصاء بالأصهار بناء على كون كلهم أصهارا كما صرح به المصنف . فالوجه أن يفسر الأصهار فى هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته . وقد جاء فى اللغة جعل الأصهار أعم من أقرباء المرأة . قال فى الصحاح : الأصهار أهل بيت المرأة . عن الخليل قال : ومن العرب من يجعل الصهر من الأحماء والأختان جميعا اه . وقال فى القاموس : الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه أصهار . ثم قال : وزوج بنت الرجل وزوج أخته والأختان أصهار أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية أخت الميراث وفى الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا فى الوصية) أقول : فيه

محمد وأبى عبيدة لأن الصهر فى اللغة يجىء بمعنى الختن أيضا . وقوله (وإن كانت فى عدة من طلاق بائن لايستحقها) يعنى وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق فى المرض . وقوله (ومن أوصى لأختانه) يعنى أن الأختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والخالة وغيرها ، وعلى محارم الأزواج ، فيكون كل ذى رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى كلهم فى قسمة الثلث سواء . وقوله (ومن أوصى لأقاربه) يعنى تصرف إلى اثنين فصاعدا الأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم من جهة الأب أو الأم غير الوالدين والولد إذا لم يكونوا وارثين عند أبى حنيفة . وقوله (وفائدة الخلاف تظهر فى آل أبى طالب) يعنى أن الموصى إذا كان علويا فعلى القول الأول أقصى الأب علىّ فلا يدخل

(قوله لأن الصهر فى اللغة يجىء بمعنى الختن أيضا) أقول : بدليل قولهم :

لكل أبى بنت إذا ماترعرعت ... ثلاثة أصهار إذا عـدد الصهر

فأولهم خـدر وثانيهـم امرؤ ... وثالثهـم قبر وخـيرهم القبر

اه من شرح الزيادات للعتابى (قوله فصاعدا الأقرب فالأقرب) أقول : يعنى يقدم الأقرب فالأقرب . وبالجملة فيه شرائط : الأول أن يكون اثنين فصاعدا . والثانى كونه قريبا . والثالث كونه من ذى رحم محرم . والرابع كونه من جهة الآباء والأم . والخامس كونه غير الوالدين والولد . والسادس عدم كونه وارثا (قال المصنف : وقال صاحباه : الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له فى الإسلام) أقول :

لابغيره ، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه . فعنده يقيد بما ذكرناه . وعندهما بأقصى الأب في الإسلام ، وعند الشافعي بالأب الأدنى . قال (وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبارا للأقرب كما فى الإرث ، وعندهما بينهم أرباعا إذ هما لايعتبران الأقرب (ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لأنه لابد من اعتبار معنى الجميع وهو الاثنان فى الوصية كما فى الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب . ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ، ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهى أقوى ، والعمة وإن لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان

بحث ، وهو أنه إن أراد أن الوصية أخت الميراث فى جميع الأحكام فهو ممنوع ، كيف وقد مرّ فى الكتاب أنه يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ماتقرر فى محله ، وكذا قد مرّ فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند إجازة الورثة إياها على ما تقرّر فى محله عند أبى حنيفة ومحمد . ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحمد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به ، وكذا مرّ فيه آنفا فى مسئلة الإيصاء لأختانه انه يستوى فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد ، ولا ميراث للعبد أصلا ، ولا يستوى فى الميراث الأقرب والأبعد على ماتقرر ، وإن أراد أن الوصية أخت الميراث فى بعض الأحكام فهو مسلم لكنه لايفيد المطلوب ، إذ الخصم لايسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة . ثم إن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث فى مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحرّ والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر ، كما قال به صاحباه على ما نص عليه الإمام الزيلعى فى التبيين حيث قال : ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين اه . وقد أفصح عنه فى الكافى وغيره أيضا . ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن

فى الوصية أولاد عقيل وجعفر . وعلى القول الثانى أقصى الأب أبو طالب لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر ، وبقية كلامه واضح إلى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه وهو جواب عن قولهما إن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه متروكا بالإجماع بقوله (فإن عنده) أى عند أبى حنيفة (يقيد بما ذكرناه) من الأقرب فالأقرب بالقيود الستة التى ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له فى الإسلام . وعند الشافعى بالأب الأدنى) وما كان متروكا بالإجماع لايصح الاستدلال به لامحالة . وقوله (وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان) يعنى وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه ، وهذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبى حنيفة . وقوله (لأنه لابد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية) يعنى لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضا . واعترض بأن فى هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال : إذا كان معه عم آخر كان له النصف ، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر. وحينئذ كان لقائل أن يقول : إذا كان عم واحد كان له الثلث ، لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث ، فكذا إذا لم يكن معه غيره ، وعلى هذا يقال : يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا . وأجيب بأن ذلك غير لازم ، لأن اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره ، فتعين أدنى مايستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه ، والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما ، وإذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقى من الثلث للخالين وفى قولهما الثلث بينهم أثلاثا . وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لأنه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ . وقوله (وهى أقوى) أى قرابة العمومة أقوى من قرابة الخئولة . وقوله (والعمة وإن لم تكن وارثة) جواب عما يقال العمة لاتستحق العصوبة ويقدم العم على

قال فى الكافى : يستوى فيه الأقرب والأبعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى . وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله إذا أوصى رجل لأمهات أولاده بالثلث وللفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا .

القريب رقيقا أو كافرا ، وكذا إذا أوصى لذوى قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه فى جميع ماذكرنا ، لأن كل ذلك لفظ جمع ، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف . قال : ومن أوصى لأهل فلان فهى على زوجته عند أبى حنيفة ، وقال : يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص ، قال الله تعالى ـ وائتونى بأهلكم أجمعين ـ وله أن اسم الأهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ـ وسار بأهله ـ ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا ، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة . قال : ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة التى ينسب إليها ، ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لأن الأب أصل البيت . ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء . وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه ، بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب ، ولو أوصى لأيتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوما يحصون دخل فى الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم

التساوى مع الحرّ والمسلم . وأما الأنثى فإنها وإن ورثت إلا أنها لاتستوى مع الذكر فى الاستحقاق البتة ، فلم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث فى هاتيك الأمور فى مسئلتنا هذه أيضا . فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبى حنيفة هاهنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها مايعتبر فيه ؛ ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرّض فى الاستدلال على قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة لحديث الأخوة بين الوصية والميراث ، بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لايخفى على الناظر فى كتابه ذلك (قوله وله أن اسم الأهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ـ وسار بأهله ـ ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا ، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة) أقول : فى الاستشهاد بقوله تعالى ـ وسار بأهله ـ نظر ، لأنه إنما يدل على أن لفظ الأهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة . ولا

الأخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب . ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم فى الدرجة ، وعدم استحقاقها العصوبة وصف قام بها وهو الأنوثة لايخرجها عن مساواتها العم فى استحقاق هذه للوصية كالعم الرقيق أو الكافر لما أن حرمان الميراث لوصف قام به لا لالضعف فى القرابة . وقوله (لأنسبائه) الأنسباء جمع النسيب وهو القريب كالأنصباء فى جمع النصيب . وقوله (فى جميع ماذكرنا) يعنى من القيود المذكورة على قول أبى حنيفة خلافا لهما . قال (ومن أوصى لأهل فلان فهى على زوجته) الوصية لأهل فلان تنصرف إلى الزوجة عند أبى حنيفة وإلى كل من يضم نفقة فلان من الأحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى ـ وائتونى بأهلكم أجمعين ـ فإنه ليس المراد به الزوج خاصة ، وكذا قوله تعالى ـ فنجيناه وأهله إلا امرأته ـ وله أن الأهل فى الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى ـ وسار بأهله ـ فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها . قيل فى الاستدلال بهذه الآية نظر ، لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله ـ امكثوا » والمرأة لاتخاطب بذلك . والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته ، فإن كان معه من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق . على أن الحقائق لايستدل عليها لأن طريق معرفتها السماع كما عرف فى الأصول . وإنما استشهد بالآية تأنيسا . فإن ثبت أن ما فى الآية ليس على معنى الحقيقة لاينافى مطلوبه كالآيات التى استدلا بها ، وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدالّ على الحقيقة لتبادر الفهم إليه . وقوله (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فإن إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش ، وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وإن كان أكثرهم من الإماء ، فعلم أنهم يدخلون فى هذا اللفظ دون عشيرة الأم . وقوله (ولو أوصى لأيتام فلان) اليتيم اسم

(قوله قيل فى الاستدلال) أقول : القائل هو الإتقانى (قوله على أن الحقائق لايستدل عليها) أقول : إن أراد أنه لايستدل عليها بالقياس فسلم ، ولكن ليس الاستدلال عليها بالآية الكريمة كذلك ، بل هو من قبيل السماع ، وإن أراد مطلقا فغير مسلم (قوله كالآيات التى استدلا بها) أقول : منها ما ذكره فى الكتاب ، ومنها ـ فنجيناه وأهله إلا امرأته ـ ومنها ـ ووهبنا له أهله ومثلهم معهم ـ كذا قال الإتقانى ، وقال : ولم يرد فى هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل ، إلا أن المماليك لايدخلون لأنهم خدم الأهل تبع لهم (قوله اليتيم اسم

ذكورهم وإناثهم ، لأنه أمكن تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك . وإن كانوا لايحصون فالوصية فى الفقراء منهم ، لأن المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة ورد الجوعة . وهذه الأسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء ، بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لايحصون أو لأيامى بنى فلان وهم لايحصون حيث تبطل الوصية ، لأنه ليس فى اللفظ ماينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء . ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم . وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع ، وأقله اثنان فى الوصايا على مامر .

يدل على أنه لايطلق على غيرها أيضا بطريق الحقيقة ، إذ لايلزم من أن يراد بلفظ فى موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لايجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذاك المعنى ؛ ألا يرى أنك إذا قلت رأيت إنسانا يفعل كذا وأردت بالإنسان هناك فردا مخصوصا من أفراده لايلزم منه أن لايطلق لفظ الإنسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراده فى موضع آخر ، فإذن لايثبت بتلك الآية مطلوب أبى حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لأهل فلان بزوجته ، بل يجوز أن تتناول غيرها أيضا كما قال صاحباه . واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال : وقول صاحب الهداية وغيره

لمن مات أبوه قبل الحلم . قال صلى الله عليه وسلم « لايتم بعد احتلام» والعميان والزمنى معروفة ، والأرمل هو الذى لايقدر على شيء رجلا كان أو امرأة ، من أرمل إذا افتقر من الرمل كأدقع من الدقعاء وهى التراب ، ومن الناس من قال : الأرمل فى النساء خاصة ، والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال : ذكورهم وإناثهم وهو اختيار الشعبى . فإذا أوصى لهؤلاء : فإما أن يكونوا قوما يحصون أولا ، فإن كان الأول . وحد الإحصاء عند أبى يوسف أن لايحتاج فى الإحصاء إلى كتاب ولا حساب . فإن احتيج إلى ذلك فهم لايحصون . وقال محمد : إذا كانوا أكثر من مائة فإنهم لايحصون وهو الأيسر . وقال بعضهم : هو مفوض إلى رأى القاضى دخل فى الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم ، لأن الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن . وإن كان الثانى فالوصية للفقراء منهم لما ذكره فى الكتاب ، وهو واضح . وقوله (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لايحصون ، أو لأيامى بنى فلان وهم لايحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم فى دخول الغنى والفقير وهل يدخل الذكر والأنثى فى الأيامى دخوله فى الأرامل أولا ؟ قال الكرخى . يدخل لأن الأيم هى التى لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا . وقال محمد : الأيم هى الثيب خاصة ، وقول المصنف محتمل ، والظاهر دخوله لأنه تركه اعتمادا على ذكره فى الأرامل ، وإنما بطلت الوصية فى الشبان والأيامى لأنه ليس فى اللفظ مايدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت . قال محمد : الغلام ماكان له أقل من خمسة عشر ، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك . والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه ، وما بين

لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول : قوله قبل ظرف لاسم ، والظاهر أنه من باب التنازع . قال الكاكى : اليتيم صغير لاأب له . وفى الجامع الكبير لشمس الأئمة : فإن قيل : أليس أن الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم أبى طالب . قلنا : هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام ، فإنهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم ، فلا يتناوله سبهم كما يسبون مذمما وهو ليس كذلك ، بل كان محمدا عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والأرمل هو الذى لايقدر على شيء رجلا كان أو امرأة) أقول : فى المحيط : الأرامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها ، دخل بها أو لم يدخل . وقول محمد حجة ، وهكذا قال صاحب الزاهر : إن الأرملة هى التى لازوج لها ، مأخوذ من قولهم أرمل القوم : إذا فنى زادهم ، والذكر يسمى أرملا مجازا خلافا للشعبى وابن قتيبة . قال صاحب الزاهر : لايقال رجل أرمل إلا فى الشذوذ . ومطلق الكلام يحمل على الشائع المتعارف بين الناس . لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال ذكورهم وإناثهم) أقول : فى دلالة ذلك على ما ذكره بحث ، فإن الظاهر أن كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس ، وانظر إلى الكافى (قوله وقال بعضهم : هو مفوض إلى رأى القاضى) أقول : وعليه الفتوى (قوله دخل فى الوصية فقراؤهم) أقول : هذا جواب إن كان الأول (قال المصنف : وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين) أقول : مخالف لما سبق فى باب الوصية بثلث المال

ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الإناث فى قول أبى حنيفة أول قوليه وهو قولهما لأن جمع الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال : يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الإناث تجوّز والكلام لحقيقته ، بخلاف ما إذا كان بنوفلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم . قال(ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء) لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا .

فى الاحتجاج لأبى حنيفة بقوله تعالى ـ وسار بأهله ـ فيه نظر ، لأنه لم يرد فى الآية الزوجة خاصة ، لأنه تعالى قال ـ فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لأهله امكثوا ـ ألا يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع اه . وأجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله : والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمنتهم نفقته ، فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اه . أقول : لايخفى على ذى فطرة سليمة أن هذا كلام خال عن التحصيل فى دفع نظر صاحب الغاية ، فإن حاصل نظره القدح فى الاحتجاج لأبى حنيفة بقوله تعالى ـ وسار بأهله ـ بناء على أن ما وقع فى سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع يأبى كون المراد بالأهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ماذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل تفهم . فالأظهر فى تعليل قول أبى حنيفة هنا ماذكره صاحب البدائع حيث قال : ولأبى حنيفة أن

خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا . وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع ، وأقله اثنان فى الوصايا على ما مر ، وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعنى إذا أوصى لبنى فلان فلا يخلو إما أن يريد مفهومه الإضافى أو يكون اسم قبيلة أو فخذ ، فإن كان الأول لم يدخل فيه الإناث عند أبى حنيفة رجع إليه ، وكان يقول أولا يدخل وهو قولهما ، والخلاف عند الاختلاط ، أما إذا كانت الإناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق . وجه قولهما أن جمع الذكور يتناول الإناث وقد عرف فى موضعه . ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه الإناث تجوّز ولا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة وإن كان الثانى يتناول ، لأن المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم . قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان إما أن يكون أبا خاصا أو فخذا ، فإن كان الأول فالوصية تناولت الأولاد دون أولادهم الذكر والأنثى عند الانفراد والاختلاط سواء ، لأن اسم الولد يتناول الصلبى كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لايصار إليه عند إمكان العمل بها ، فإن لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الأولاد وأولاد الأبناء رواية واحدة ، وفى أولاد البنات روايتان ، هذا ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد ، فهم ذلك من قوله تعالى ـ يوصيكم الله فى أولادكم ـ قال القدورى : والصحيح أنهم لايدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا . وإن كان الثانى يدخلون وإن كان الصلبى قائما ، لأن فلانا إذا كان فخذا فبنوه وبناته لاتخلو عن الأولاد عادة فتكون مرادة فتدخل ، بخلاف ما إذا كان أبا خاصا فإن بنيه

فيما إذا أوصى لأمهات أولاده وللفقراء والمساكين ، إلا أن يكون هذا قول محمد . ثم رأيت فى غاية البيان أن المسئلة مختلف فيها ، وأن هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الإناث فى قول أبى حنيفة أول قوليه وهو قولهما) أقول : وفى الكافى مخالف لما فى الكتاب ففيه : ولو أوصى لبنى فلان فهو للذكور لاغير عند أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة آخرا اعتبارا للحقيقة . وقال محمد : يدخل فيه الإناث وهو قول أبى حنيفة أولا اه فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى ـ يوصيكم الله فى أولادكم ـ) أقول : أى يورثكم ، فإن ولد الابن يدخل فى الميراث مع البنت الصلبية . والجواب أنه دخل فى الميراث مع البنت بدليل آخر ، كذا فى معراج الدراية . وعندى أن الفهم بطريق آخر ، فإنه إذا لم يكن للميت صبى وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بهذه الآية ، فعلم أن الأولاد يتناول أولاد الأولاد ، لأن فلانا إذا كان فخذا فبنوه وبناته لاتخلو عن الأولاد عادة . أقول : فيه بحث ، فإن الخلو وعدم الخلو لامدخل له فى كون أولاد الأولاد مرادة إذا كانت معنى مجازيا للأولاد إلا إذا قامت قرينة على إرادتها

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما فى الميراث . ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة . وقال الشافعى فى بعض كتبه : إن الوصية لهم جميعا ، وذكر فى موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا . له أن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة . ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الإثبات ، بخلاف ما إذا حلف ما لايكلم موالى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفى ولا تنافى فيه ، ويدخل فى هذه الوصية من أعتقه فى الصحة والمرض . ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله .

الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة فى متعارف الناس ، يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ، ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اه تبصر تقف (قوله ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده ، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت ، والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بدمن تحقق الاسم قبله) أقول : له فى التعليل كلام ، لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لاتجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا ، إذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء فى حالة تضاف الوصية إليها وهى حالة الموت ، فإن المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرقيق بشىء غير رقبتها لاتجوز كما نصوا عليه . وقد مرّ فى الكتاب أن الوصية لأمهات الأولاد بثلث ماله جائزة ، ولايمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبتها لأن الوصية بالرقبة إعتاق والوصية لها لاتحتمل أن تكون إعتاقا لأنها تعتق بموت مولاها وإن لم تكن ثمة وصية أصلا كما حققه الشراح هناك . فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع . ويمكن أن يقال : جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكروه هناك ، وهذا التعليل على موجب القياس . ووجه الاستحسان

وبناته قد تخلو عن الأولاد فلا تكون مرادة . وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح . وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه ، والشافعى يجيز ذلك فأجاز هذا ، وأصحابنا ما جوّزوه وكذلك هذا ، والمروى عن الشافعى رواية عن أبى حنيفة ؛ لكن لاعلى جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى والاسفل متواطئ كالإخوة على بنى الأعيان وبنى العلات وبنى الأخياف . وليس بظاهر لأن معنى الإخوة فى الجميع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم . ومعنى المولى ليس كذلك . فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه ، فكان فى أحدهما بمعنى الفاعل وفى الآخر بمعنى المفعول ، وإليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة . وقوله (فى موضع الإثبات) احتراز عن صورة النفى كما ذكر فى الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا ، على أن لاعموم للمشترك لا فى النفى ولا فى الإثبات . وأجابوا عن مسئلة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه فى النفى بل الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشىء وقد قررناه فى التقرير مستوفى بعون الله وتأييده . فإن قيل : سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة ؟ أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لايفيد . فإن قيل : الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية إلى المولى الذى أعتقه لأن شكر المنعم واجب . وأما فضل الإنعام فى حق المنعم عليه فمندوب ، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو المروى عن أبى يوسف بهذا المعنى . أجيب بأنها معارضة بجهة أخرى ، وهو أن العرف

أيضا . والظاهر أن يقال : إذا كان فلان فخذا يكون المراد مجرد الانتساب إليه فيدخل الكل ، بخلاف ما إذا كان أبا خاصا فليتأمل (قوله فيصير بذلك المعنى كالشىء وقد قررناه فى التقرير) أقول : قال فى التقرير : يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى . ثم قال : كذا فى أصول شمس الأئمة ، وفيه نظر لأنه يفضى إلى جواز إرادتهما فيما يصح الجمع بينهما ، ولسنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين إلى مجاز يعمهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق ، وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما فى التقرير

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم. ويدخل فيه عبد قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه. ولو كان له موال وأولاده موال وموالى موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة. وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء. ومحمد يقول: الجهة مختلفة، فى المعتق الإنعام. وفى الموالى عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق. ولا يدخل فيهم موالى الموالى لأنهم موالى غيره حقيقة. بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد

الذى ذكروا هناك غير متمش هاهنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه هاهنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء، لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين: قلت: لا يخفى أن تناول الاسم للأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا التناول كذلك، فالعجب أن أبا يوسف جوّز هذا دون ذاك اهـ. أقول: إن أبا يوسف جوّز ذاك أيضا فى رواية عنه كما صرح به صاحب الكافى هناك حيث قال: وقال الشافعى: الوصية لهم جميعا، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم اهـ. وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال: وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعى فى قول اهـ. وما ذكره المصنف فى هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير إليه قول المصنف. وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف، ويرشد إليه أيضا أن شمس الأئمة ذكر هذه المسئلة فى شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها. بل ذكر فيها القياس والاستحسان، فقال فى القياس يدخلون، وفى الاستحسان لا يدخلون، كما ذكر تفصيله فى النهاية ومعراج الدراية. فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجويز أبي يوسف تناول الاسم للكل فى المسئلتين معا مع كونها مذكورة فى الكتب المشهورة المتداولة، فتعجب أنه جوّز التناول للكل فى هذه المسئلة دون الأولى ومفاسد قلة التدبير والتتبع مما يضيق عن الإحاطة به

جار بوصية ثلث المال للفقراء، والغالب فى المولى الأسفل الفقر. وفى الأعلى الغنى. والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى. ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة. ويدخل فيها المعتق فى حال الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت، لأن المتوقف على الشىء لا بالعلية يعقبه وجودا، والوصية تضاف إلى حالة الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك، فلابد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما (وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لأن سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد (لازم) أى ثابت مستقر، والأصح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالإحياء الحاصل بالعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أى فى هذا الإيصاء: يعنى بالإجماع عبد قال له مولاه وهو واضح. ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالى وموالى الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر، وأولادهم، لأن نسبتهم إليه بالولاء للمعتق الذى باشر فى آبائهم، والفروع أجزاء الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم كما فى أصولهم، ولهذا لا يصح نفى اسم المولى عنهم. بخلاف ما تقدم من بنى فلان وأولادهم لأن النفى عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بنى فلان وإنما هم بنو بنيه. وعن أبي يوسف أنهم: يعنى موالى الموالاة يدخلون أيضا لما ذكره فى الكتاب وهو واضح. وقوله (والإعتاق لازم) جواب عما يقال: لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل. ووجهه أن المشترك لا يعمل به إلا إذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وهاهنا قرينة تعين أحدهما، وهو أن ولاء الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته، وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء، وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاحمة بينهما، ولو لم يكن له إلا موالى موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز

(قوله وهو أن ولاء الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ) أقول: فيه بحث (قوله لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز) أقول: مخالف لما ذكره آنفا من القول الاشتراك إلا أن يبنى على التسليم والتنزل.

منه . وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة . ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز . ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أوأبوه لأنهم ليسوا بمواليه لاحقيقة ولا مجازا . وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة .

نطاق البيان (قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى . لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المقام : وبخلاف ما إذا لم يكن له موال : أى موالى العتاقة ولا أولاد الموالى : أى ولا أولاد موالى العتاقة يعنى حينئذ الثلث لموالى الموالاة . وقال فى الجامع الكبير : وإن لم يكن له إلا موالى الموالاة كان الثلث لهم لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى ، واقتفى أثره صاحب العناية . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ، فإن لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا ، ومحمد يقول : الجهة مختلفة ، فى المعتق الإنعام وفى المولى عقد الالتزام ، وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك ، فلوكان مراد المصنف هاهنا ماذهب إليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله فى التعليل لأن اللفظ لهم مجازا ، إذ لاشك أن اللفظ المشترك حقيقة فى كل واحد من معنييه أو معانيه ، والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أنه إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثلث لموالى الموالى فحينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباط ، وينتظم تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لايخفى . وقد صرح فى الكافى بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة . وفى غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف هنا . وكأن صاحب النهاية إنما اغتر بما نقله عن الجامع الكبير ، فإن المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى ، لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غيرآب عنها ، فإنه لاينافى الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنيي المشترك أحق بالإرادة من الآخر لأمر مرجح ، وإن كان اللفظ حقيقة فى كل واحد منهما كما أشار إليه المصنف فيما مر بقوله والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق ، بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ماذكر فى الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فإنه لايطابق المسئلة حينئذ بل يأباه جدا كما بيناه آنفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول : لقائل أن يقول : لم لايصار هاهنا إلى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الإلقاء فى حق النصف ، والمصير إلى عموم المجاز مخلص معروف فى دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز . وطريقه هاهنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل فى عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما فى معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما فى معتق معتقه فليتأمل ، والله أعلم .

صونا لكلام العاقل عن الإلغاء (ولوكان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لأولاد الموالى حقيقة . وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما إذا أوصى لمواليه (موال أعتقهم) هكذا وقع فى النسخ ولكن الصواب أن يقال : موال أعتقهم أبوه أوابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور فى الكتاب ، وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشر إعتاق مملوك فيصير به مولى عنه ، والمجاز أن يتسبب لذلك بإعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد فى حق موالى الأب والابن فعل الإعتاق ولا تسبيبه ، فقلنا : إنهم لايدخلون فى هذه الإضافة ، وهذا المعنى كما ترى لايستقيم على ما وقع فى النسخ ، لأن الذين أعتقهم موال له حقيقة . وقوله (وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة) جواب

(قال المصنف : ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول : لم لايجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقرينة صيغة الجمع وانحصار المعتق فى الواحد . وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لايمنع صيغة الجمع فى معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت .

بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب .

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل ، فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ، ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ، وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا ، بخلاف الميراث لأنه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك

(باب الوصية بالمنافع)

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع ، وأخّر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخّرها عنها وضعا ، كذا في الشروح . أقول : فيه شيء ، وهو أن هذا إنما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة ، لأن الثمرة من قبيل الأعيان . والباب يشمل الأقسام الثلاثة كلها عنوانا وأحكاما فلا يتم التقريب ،

عما روى عن أبي يوسف أن موالي أبيه تدخل إذا مات أبوه وورث ولاءهم لأنهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم . ووجه ذلك أن إحرازه الميراث ما كان لكونهم موال له ، لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث ، نص عليه صاحب الشرع قال « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث » وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة . وقوله (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية : هكذا وقع في النسخ وليس بصواب . والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الإيضاح ، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موال الموالي وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا ، وذلك إنما يستقيم إذا كان بخلاف معتق المعتق ، وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب إليه بالولاء بعد لأنه بمنزلة المكاتب ، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة . وعندهما إن نسب إليه إنما ينسب إليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج إلى ذكره . وذكر بعض الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم بإثبات لفظة ابنه ، وهاهنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه ، ومعناه فإن معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لأنه مولاه حقيقة ، بخلاف موالي الأم لأنهم ليسوا مواليه أصلا ، ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما ، لأن معتق البعض كالمكاتب ، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة ، وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وإن كان فيه بعد من حيث الإيراد على مذهبهما خاصة ، والله أعلم .

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع ، وأخّر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا . قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح ، ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الإرث ، لأن الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد الممات) لأن الموت لا يزيلها والإرث خلافة (فيما يتملكه المورّث وذلك

(قوله لأنه يثبت بهذا الفرق) أقول : قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول : أراد الإتقاني (قوله لأن معتق البعض كالمكاتب) أقول : الظاهر أن يقال : لأن معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب .

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

فى عين تبقى والمنفعة عرض لايبقى ، وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملهما . قال (فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه) لأن حق الموصى له فى الثلث لايزاحمه الورثة (وإن كان لامال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لأن حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية فى العين ولا تمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لايتجزأ فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لاتخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار ثلاثا للانتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا ، وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا . ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لأن الحق لهم . إلا أن الأول وهو الأعدل أولى . وليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار . وعن أبى يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم . وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث . وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم إذا خرب ما فى يده .

وإن صير إلى التوجيه ببناء الكلام على الأكثر يبقى تأخير الوصية بالثمرة خاليا عن بيان النكتة كما لايخفى (قوله إلا أن الأول وهو الأعدل أولى) قال بعض المتأخرين : فيه أن المفروض كون المهايأة باختيارهم ، فالمتأخر يسقط حقه فلا تبقى الأولوية إلا بإلزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى . أقول : ليس هذا بسديد . لأن إسقاط المتأخر حقه لايلزم أن يكون بطيب خاطره ، بل يجوز أن يكون مع الكراهة لأمر يدعو إليه ، فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كملا كما فى الأول . ثم إن سلم كون إسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لايقتضى إلا انتفاء الظلم له وتحقق العدل فى الجملة وذلك لاينافى كون الأول أعدل منه للتسوية بينهم ذاتا وزمانا . ولاشك أن الأعدل أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول : فيه بحث . أما أولا فلأنه منقوض بما إذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فإن للورثة هناك أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك أيضا ، بأن يقال : إن حق الموصى له ثابت فى عين جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث . وأما ثانيا فلأنه إن كان حق الموصى له ثابتا فى سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فإما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا فى سكنى جميع تلك الدار أولا ، فإن كان الأول يلزم أن يثبت فى سكنى جميع الدار

فى عين تبقى والمنفعة عرض لايبقى) وإذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لأنها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملهما) يعنى المنفعة والغلة . وقوله (فإن خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص فإما أن قال أبدا أو جعل ذلك زمانا ، فإن كان الأول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه يسلم إليه ليخدمه وإن لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما إلى أن يموت ، وإن كان الثانى فإما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة أو لم يعين ، فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية ، وإن مات الموصى بعد مضى البعض من تلك السنة أو مات قبل مضيها ، فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفى وصيته ، وإن كان لايخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضى السنة التى عينها ثم يسلمه إلى ورثة ، وإن لم يعين فإن كان العبد يخرج من ثلث المال أو لايخرج وأجازت الورثة يسلم العبد إلى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده إلى الورثة . وإن لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين إلى ثلاث سنين ثم يرده إلى الورثة ، وهذا

(قال المصنف : وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر) أقول : قال الكاكى : ويعتبر هذا الاحتمال لأنه نشأ من دليل وهو إيصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه أن الإيصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا ، فلو لم يكن له مال سوى

والبيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه . قال (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة) لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه . فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لايجوز (ولو مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) لأن إيجابها تعلق بالموت على مابيناه من قبل . ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود . والأصح أنه لايجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها ، وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة ، فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها ، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعى : له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده ، بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل فى حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل ، كذا هذا . وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ، ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل ، والوصية تبرّع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرّع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لايمكنه الرجوع فلهذا انقطع ، أما هو فى وضعه فغير لازم ، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفى تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة ،

الواحدة فى حالة واحدة حقوق أشخاص ، واللازم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة فى جميع محل واحد فى زمان واحد لاستلزامه تداخل الأجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال ، وإن كان الثانى يلزم أن لايقسم عين الدار بين الموصى له والورثة أثلاثا للانتفاع ، وأن لايقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان أثلاثا لثبوت حق الموصى له فى سكنى جميع

الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة فإن له ثلث غلة تلك السنة على ماسنذكره . قال (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة) إذا مات الموصى له عاد الموصى به إلى ورثة الموصى (لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه . فلو انتقل الحكم إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يتملكه المورّث ، وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لايبقى ، لكن يجوز أن يستحقها لذلك لأنه لم يرض به ، واستحقاق الملك من غير مراضاة المالك لايجوز ولو مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) الوصية (لأن إيجابها تعلق بالموت على مابيناه من قبل) أى فى فصل اعتبار حالة الوصية فى بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده أو داره) فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه . اختلف المشايخ فى ذلك على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ نذكرها (قوله اعتبارا بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل) قد تقدم فى باب العارية . وفى الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر وهو أن الشيء لايتضمن ما فوقه . وقوله (إلا أن الرجوع للمتبرّع لا لغيره) جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ . ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية والوصية فى وضعها غير لازمة ، وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض فلا معتبر به . وقوله (ولأن المنفعة) دليل آخر .

هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن المحرم شرعا اه . وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول : قوله الموصى له فاعل استخدم (قال المصنف : وقيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود) أقول : لايخفى أن الأنسب للمقام كان

فإنما تثبت هذه الولاية لمن يماكها تبعا لملك الرقبة ، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تماكها ، أما إذا تماكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تماكه معنى وهذا لايجوز ، وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث ، لأن الوصية إنما تنفذ على مايعرف من مقصود الموصى ، فإذا كانوا فى مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإذا كانوا فى غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم. ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة فى جواز الوصية به ، كيف وأنه عين حقيقة لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى . ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء . فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذى يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا فى رواية عن أبى يوسف فإنه يقول : الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك ، فكذلك للموصى له . إلا أنا نقول : المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة إذ هو المطالب . ولا حق له فى عين الدار . وإنما حقه فى الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ، ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد .

الدار وعدم ثبوت حق الورثة فى ذلك على الفرض . مع أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آنفا فى الكتاب (قوله فإنما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تماكها) قال فى العناية : واعترض عليه بإجارة الحرّ نفسه فإنه لايملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ، ويجوز أن يملكها ببدل . وأجيب بأن كلام المصنف فى الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ، ومنفعة الحرّ ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اهـ. أقول : الجواب منظور فيه ، لأن كون كلام المصنف فى الوصية لايقتضى كون مراده بالمنفعة المذكورة فى مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها ،

وقوله (وهذا لايجوز) يعنى بناء على ما قال ، ولا يملك الأقوى بالأضعف وهو ظاهر . واعترض عليه بإجارة الحرّ نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل . وأجيب بأن كلام المصنف فى الوصية ، فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ، ومنفعة الحرّ ليست كذلك فلا يكون واردا عليه . وقوله (إذا كان يخرج من الثلث) احترازا عما إذا لم يخرج فإنه ليس له الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة . وقوله (وإذا كانوا فى غيره) أى فى غير مصر الموصى . وقوله (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تمهيدا لقوله (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعنى إذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة ، وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظرا إلى الخبر . وقوله (لأنه عين مال تحتمل القسمة بالأجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث ، وفيه إشارة إلى الفرق بينها وبين الخدمة ، فإن العبد لما لم يحتمل القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة إلى ما يستوفى خدمته سنة كاملة كما مر ذكره . وقوله (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهر إلى قوله (عطفا منه لأحدهما على الآخر) ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أى بحالة

أن يقول : لأن عين المنافع كقيمتها ، لكنه قلب تنبيها على قوة المعنى وجوازها بطريق الأولى فليتأمل (قوله وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظرا إلى الخبر) أقول : يعنى من الخبر قوله بدل المنفعة (قال المصنف : لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه) أقول : أى من محمد أو من الموصى ، فإنه عطف قوله ولآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده ، كذا فى شرح الكافى ، والأقرب عندى هو الثانى (قوله ومعنى ذلك أنه عطف الخ) أقول : يعنى أن محمدا عطف الخ .

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة، فلو لم يوص فى الرقبة بشىء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له ، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت . ولها نظائر ، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما فى بطنها لآخر وهى تخرج من الثلث ، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه ، أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ، ولا شىء لصاحب الظرف فى المظروف فى هذه المسائل كلها ، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبى يوسف . وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذلك فى أخواتها . لأبى يوسف أن بإيجابه فى الكلام الثانى تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد . وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولا لأن الوصية لاتلزم شيئا فى حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء

فإن مقدمات الدليل لايلزم أن تكون مساوية للمدعى ، بل لابد من كلية الكبرى إذا كان إنتاج الدليل بطريق الشكل الأول وهاهنا كذلك . إذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا ، وما ليس بمال فى تمليكه بالمال إحداث صفة المالية فيه تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة ، وما فى تمليكه إحداث صفة المالية فيه لاتثبت الولاية عليه بهذه الصفة إلا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة أو لمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها ولا يكون مملكا أكثر مما تملكه فإنه لايجوز شرعا ، ولا يذهب على ذى مسكة أن ماعدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الأدلة الشرعية كلية كل واحدة منها فى نفسها لامجال لتقييد شىء منها بما يخرج به منفعة الحرّ لوقوعها فى محل الكبرى من الشكل الأول تبصر (قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية : وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد : يعنى لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها ، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت اهـ . أقول : إن قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد . والحق أن يقال : كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد ، لأن قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ ، وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعنى لو كانت الوصية بالخدمة الخ إنما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة

انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما . وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد : يعنى لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها (إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حدّ الخدمة أولا ، فإن كان الثانى فنفقته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة ، لأن بالإنفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة ، فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير ، والنفقة فى الكبير على من له الخدمة لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالإنفاق عليه ، إذ العبد لايقوى على الخدمة إلا به ، وإن أبى الإنفاق عليه ردّه إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير ، وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لأن التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير . وقوله (ولها) أى لهذه المسئلة (نظائر) وقد ذكرها فى الكتاب واضحة . وقوله (ولا شىء لصاحب الظرف) وهو الأمة والخاتم والقوصرة (فى المظروف) يعنى الولد والفص والتمر (فى هذه المسائل كلها) أما إذا كان أحد الإيجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق ، وأما إذا

(قال المصنف : وكذلك فى أخواتها) أقول : والصواب فى أختيها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر ، كذا فى شرح الكاكى . قال الإتقانى : أراد بأخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ، ومسئلة القوصرة مع التمر ، ومسئلة الشاة مع الصوف ، ومسئلة الدار مع البناء ، ومسئلة السيف والحلية والبستان والثمر الموجود مثل ذلك ، والأرض والنخل مثل ذلك ، وكل شىء يشبه هذا مما يكون الاسم فى الوصية عاما ،

كما فى وصية الرقبة والخدمة . ولمحمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص . وكذلك اسم الجارية يتناولها وما فى بطنها . واسم القوصرة كذلك ، ومن أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الأول ، كما إذا أوصى للثانى بالخاتم ، بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لايتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه . فإذا أوجب الخدمة لغيره لايبقى للموصَى له فيه حق . بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء ، فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص . قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها . وإن قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ، وإن أوصى

الانفراد وحدها كما لايخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذا اسم الجارية يتناولها وما فى بطنها) قلت : ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما فى بطنها تناولهما لهما لفظا وأصالة ، وإلا يلزم أن يخالف هذا مامر فى مسئلة صحة الوصية بجارية إلا حملها من آن اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا ، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها . ويلزم أن يخالف أيضا مامر فى كتاب الإقرار من أن الفص لايدخل فى الخاتم لفظا بل تبعا ، ولهذا لو أقرّ بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للمقرّ له لأن الاستثناء تصرف فى الملفوظ . بل إنما المراد هاهنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما فى بطنها تناولهما لهما تبعا عند الإطلاق فترتفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص) أقول : لامجال للعموم فى الألفاظ المذكورة فى هاتيك المسائل . لأن الحلقة والفص بالنظر إلى اسم الخاتم . وكذا الجارية وما فى بطنها بالنظر إلى اسم الجارية ، وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء لمدلولات هذه الأسماء لاجزئيات معانيها ، إذ لايصدق معنى الخاتم على الفص وحده ، ولا معنى الجارية على ما فى بطنها وحده ، ولا معنى القوصرة على ما فى القوصرة من مثل التمر وحده . على أن الكلام فى وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئى خاص فكيف يتصوّر فيها العموم . فقوله ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو هاهنا كما لايخفى (قوله بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص . أقول : فيه شيء ، وهو أنه

كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبى يوسف خلافا لمحمد . وقوله (كما فى وصية الرقبة والخدمة) فإن الموصول والمفصول فيهما فى الحكم سواء ، وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف فى الكتاب والمبسوط دليل على أن المعوّل على قول محمد . قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدّى إلى مايحدث على وجوه ثلاثة : فى وجه يقع على الموجود والحادث ماعاش الموصى له ذكر الأبد أو لم يذكر ، كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده فإن العرف فيها جار على الأبد ، ويعتبر خروجه من الثلث . وفى وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكره ، كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد فى بطن جاريته واللبن فى الضرع لأن المعدومَ من هذه الأشياء لايستحق به بوجه مَّا . وفى وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث

فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء ، كذا قال الكرخى فى مختصره ، إلى هنا كلام الإتقانى (قال المصنف : وكذا اسم الجارية يتناولها وما فى بطنها) أقول : هنا نوع مخالفة لما أسلف فى الوصية بجارية إلا حملها فراجعه متأملا (قال المصنف : واسم القوصرة كذلك) أقول : فكان كل منها كالعام الذى الخ ، ولا ينبغى أن يظن أن تلك الأسماء عمومات ، فإنه ليس كذلك كما لايخفى (قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول : يعنى أطلق ولم يذكر قيدا .

له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لايتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئا ، أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى . أما الثمرة إذا أطلقت لايراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد . قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا بخلاف ماتقدم . والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم لأنه لايقبل الملك ، إلا أن فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة ، فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الأولى لأن بابها أوسع . أما الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا ، ولا تستحق بعقد ما ، فكذلك لايدخل تحت الوصية ، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا ، فكذا بالوصية ، والله أعلم بالصواب .

قد تقرر فى كتاب الإقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص فى الخاتم والنخلة فى البستان والبناء فى الدار . فما معنى قوله أو الاستثناء فى قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله مافى بطنها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول : فى تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماجة ، فإن الإطلاق المستفاد من قوله فى ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لايناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا ، فالأولى ماذكر فى الكافى حيث ترك فيه قيد أبدا فى صدر المسئلة ، أو ماذكر فى البداية حيث ترك فيها قوله فى ذيلها سواء قال أبدا أولم يقل تدبر (قوله لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ) أقول : لايخفى على الفطن أن هذا التعليل ينتقض بما تقدم من مسئلتى الثمرة والغلة ، فإن الإيصاء إيجاب بعد الموت فى كل الصور مع أنه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضا بذكر قيد الأبد فى الثمرة وبدون ذكره أيضا فى الغلة . نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله هذا بخلاف ما تقدم الخ إلا أن هذا التعليل هاهنا بقى خاليا عن الفائدة ، وإنما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره فى الفرق الآتى (قوله إلا أن فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية لطريق الأولى) قال بعض المتأخرين : يرد عليه أن لنا أصلا آخر ، وهو أن الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ، ولا اس عليه غيره فكيف ألحقت به اه . أقول : لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا ، فإن مبناه أن يكون إلحاق الوصية بالثمرة

كالوصية بثمرة بستانه وإن لم يذكره ، فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها ، وإلا فالقياس أن تبطل الوصية ، وفى الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له . وجه القياس أن الثمرة فى الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل . ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصى عن الإلغاء ، والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ، ثم السقى والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة فى فصل الخدمة . وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) إلى آخر الباب واضح ، ولله در المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لايرى معنى من المعانى يحتاج إلى تقرير إلا وتركيبه أوفى تأدية له من غيره . وقوله (وبعقد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعنى على ما فى بطن جاريتى أوغنمى صح وله ما فى بطنها ، وإن لم يكن فى البطن شىء فلا شىء له ، وما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن ما فى البطن قد يكون متقوما وقد لايكون فلم يضره ، حتى لو قالت على حمل جاريتى وليس لها حمل ترد المهر .

(باب وصية الذمى)

قال (وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أوكنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة ، والوقف عنده يورث ولايلزم فكذا هذا . وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما . قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أوكنيسة فهوجائز من الثلث

والغلة بالمعاملة والإجارة بطريق القياس ، وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه ، يرشد إليه قطعا قول المصنف رحمه الله بالطريق الأولى ، وفى قوله فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الأولى لأن الأولوية إنما تتصوّر فى الدلالة دون القياس ، وكون الشىء ثابتا بخلاف القياس إنما ينافى القياس عليه ، لأن من شرط القياس أن لايكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الإلحاق به بطريق الدلالة ، وقد مرّ مرارا نظائر هذا فى الكتاب وشروحه فكيف خفى على ذلك البعض . ثم أقول : بقى لنا شىء فيما ذكره المصنف رحمه الله ، وهو أن عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبى حنيفة كما تقرر فى موضعه ، فقوله هاهنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لايتمشى على قول أبى حنيفة ، وإنما يتمشى على قول صاحبيه ، فإن عقد المعاملة مشروع عندهما ، والمسئلة التى نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل .

(باب وصية الذمى)

ذكر وصية الذمى بعد وصية المسلم لأن الكفار ملحقون بالمسلمين فى أحكام المعاملات بطريق التبعية ، فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا . أقول : أكثر ماذكر فى هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى ، فتغليب الأقل على الأكثر غير معقول ، والأظهر أن يقال : لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم فى باب على حدة وأخّره لخساستهم (قوله وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث ، لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله ، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا . وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : إذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج ، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم ، فإن وقف المسلم فى حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى ، وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح ، إلى هنا لفظه . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أنه صرف البيعة إلى اليهودى والكنيسة إلى النصرانى ، وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح فى كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا فى الأصل ، ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة

(باب وصية الذمى)

عقب وصية المسلم بوصية الذمى لكون الكفار ملحقين بالمسلمين فى أحكام المعاملات (وإذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح ، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة إذا كان لمسلم ، فإن وقف المسلم فى حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلأن هذه) الوصية معصية فلا (تصح . ولو أوصى) بذلك أى لو أوصى بأن تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين (فهو جائز من الثلث

(باب وصية الذمى)

(قوله وإذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة) أقول : فيه نوع مخالفة لما أسلفه فى كتاب السير . والأولى أن يحمل من قبيل اللف والنشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول : فيه بحث ، إذ لاوصية هنا ، والظاهر أن عبارة الوصية

لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك ، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين .
قال (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة ، وقالا : الوصية باطلة)
لأن هذه معصية حقيقة وإن كان فى معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذ ها من تقرير
المعصية . ولأبى حنيفة أن هذه قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينو ن فتجوز بناء على اعتقادهم ؛
ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية فى معتقدهم لاتجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه .

لمعبد النصارى . وعبارة الكتاب هنا تحتمل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق اللفّ والنشر الغير المرتب .
والثانى أنه قال : أما عنده وقال بعده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله ، وأضمر أبا حنيفة أوّلا وأظهره ثانيا ،
وكان الأول مقام الإظهار والثانى مقام الإضمار ، بخلاف عبارة المصنف فإنها على الأصل السديد حيث قال : لأنها بمنزلة
الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله ، والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أوّلا وأضمره ثانيا . والثالث أنه خص كون الوقف
موروثا عنده بالمسلم حيث قال : فإنّ وقف المسلم فى حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا
تفاوت ، بخلاف عبارة المصنف فإنها مطلقة حيث قال : والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم . والرابع أنه قال : فلأن
هذه الوصية معصية مع أنه لاوصية فى مسئلتنا هذه ، فإن المذكور فيها صنع اليهودى أو النصرانى فى حال حياته بدون إضافة
شىء إلى ما بعد موته ، والوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، بخلاف قول المصنف فإن هذه معصية ، إذ المشار إليه بهذه
فى قوله المذكور هى الصنيعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك، وله ولاية
ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال فى العناية وغاية البيان : وإذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاءوا اهـ . أقول :
هذا على أصلهما ظاهر ، فإن الوصية بالمعصية باطلة عندهما وإن كانت فى معتقدهم قربة كما سيجىء ، فإذا بطلت حقيقة
الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وإن كان قربة فى معتقد الكفار لزمهما المصير إلى ما فى
الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل مهما أمكن . وأما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فغير ظاهر ، لأن
كون الموصى به قربة فى معتقد الموصى كاف عنده فى صحة الوصية كما سيجىء أيضا ، وفيما نحن فيه كذلك فينبغى أن تصح
حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سيأتى بدون المصير إلى اعتبار معنيى الاستخلاف
والتمليك فى تصحيحها . والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبى حنيفة رحمه الله وصاحبيه وإن
كان جوابها على الاتفاق بينهم كما فى المسئلة السابقة ، وأسلوب تحرير ما فى الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم فى التخريج أيضا فليتأمل

لأن فى الوصية معنى الاستخلاف والتمليك) وللذمى ولاية التمليك (فأمكن تصحيحه) أى تصحيح إيصائه (على اعتبار المعنيين)
يعنى الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظرا إلى التمليك ، وإذا صار ملكا للمسمين صنعوا
به ما شاءوا (وإن أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين) يعنى قوما غير محصورين(جازت الوصية عند أبى حنيفة ،
وقالا : هى باطلة لأن هذه) فى الحقيقة (معصية وإن كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقريرها.
ولأبى حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم ، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف ، فكذلك إذا أوصوا بما
هو فى معتقدهم عبادة صح وإن كان عندنا معصية ، لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون . قالوا : هذا الخلاف إذا أوصى ببناء
بيعة أو كنيسة فى القرى ، فأما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لايمكنون من إحداث ذلك فى الأمصار ، وذكر الفرق بين بناء

سهو من الناسخ ، والأصل أن هذه الصنعة . نعم لو قال : لأن الوصية بالمعصية لاتصح فهذا أولى كان صحيحا (قوله يعنى الاستخلاف والتمليك
فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف) أقول : فيه نظر ، فإن الاعتبار من الثلث إنما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق ، ولهذا
لو ملك فى حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضا ؛ والأظهر أن النظر إلى المعنيين فى التجويز . والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف ،

ثم الفرق لأبى حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى . وإنما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين . والكنيسة لم تصر محرّرة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للبانى فتورث عنه . ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرّر لتعلق حق العباد به . وفى هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره . بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه فى غير ما هو قربة عندهم فبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث . ثم الحاصل أن وصايا الذمى على أربعة أقسام : منها أن تكون قربة فى معتقدهم ولا تكون قربة فى حقنا وهو ماذكرناه . وما إذا أوصى الذمى بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين . وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير معينين كما ذكرناه والوجه مابيناه . ومنها إذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا ولا يكون قربة فى معتقدهم . كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج فى مساجد المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم . إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا لأنهم معلومون والجهة مشورة . ومنها إذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا وفى حقهم ، كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم ، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قربة حقيقة وفى معتقدهم أيضا . ومنها إذا أوصى بما لايكون قربة لا فى حقنا ولا فى حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات . فإن هذا غير جائز لأنه معصية فى حقنا وفى حقهم . إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا . وصاحب الهوى إن كان لايكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلم لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر . وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتدّ فيكون

(قوله ثم الفرق لأبى حنيفة رحمه الله . إلى قوله : والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال فى العناية بل تحرر على معتقدهم . أقول : لقائل أن يقول : إن أصل أبى حنيفة رحمه الله أن كون الشىء قربة فى معتقدهم كاف بناء على أنا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون ، فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفا . فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محرزة فى معتقدهم حتى يزول ملك البانى عنها . فإن قلت : إنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرّر لله تعالى لتعلق حق العباد بها . قلت : هذا مصير إلى التعليل الثانى الذى ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات إلى آخره . والكلام فى التعليل الأول فلا معنى للخلط (قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرّر لله تعالى لتعلق حق العباد به) قال صاحب العناية : قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اهـ . أقول : فيه نظر . لأن كون هذا دليلا آخر على عدم

البيعة والكنيسة والوصية بذلك. وقوله (لم تصر محرّرة لله حقيقة) بل تحرّر على معتقدهم (فتبقى ملكا للبانى فتورث عنه) وقوله (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى. وقوله (بخلاف الوصية) متصل بقوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى ، والضمير فى قوله (لأنه وضع) وفى قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فبقى على مقتضاه) كلها راجع إلى الوصية بتأويل الإيصاء . وحاصل معناه أن الوصية وضعت لإزالة الملك . إلا أن لفظها تقاعد عن إفادة معناه وهو زوال الملك فيما إذا أوصى بما ليس بقربة فى معتقدهم ، فأما إذا لاقت ماهو قربة فيه عملت عملها . وقوله (ثم الحاصل أن وصايا الذمى الخ) واضح (قوله وهوماذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أوالكنيسة . وقوله (كما ذكرناه) يعنى من الخلاف فى الوصية بالبيعة والكنيسة . وقوله (والوجه مابيناه) أى من الجانبين ، وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم ، وعندهما أنه وصية بمعصية (قوله والجهة مشورة) يعنى أن كلامه فى صرف المال الموصى به إلى استضاءة المسجدوغيرها خرج منه على طريق المشورة لاعلى طريق الإلزام

والاعتبار من الثلث يعلم مما أسلف (قوله والضمير فى قوله لأنه وضع ، وفى قوله ثبوت مقتضاه ، وفى قوله فبقى على مقتضاه كلها راجع إلى الوصية)

على الخلاف المعروف فى تصرفاته بين أبى حنيفة وصاحبيه . وفى المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردّة ، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم . قال (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمى بماله كله جاز) لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم ، وليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب إذ هم أموات فى حقنا ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان . والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويردّ الباقى على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا . ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده فى دار الإسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا . وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لأنه مادام فى دار الإسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه فى حال حياته ، ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ، ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية . ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات . ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالإرث إذ الكفر كله ملة

التحرر لله تعالى يقتضى سبق دليل أول عليه ، ولا يذهب على الناظر فى كلام المصنف أنه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه ، وإنما قال من قبل والكنيسة لم تصر محرّرة لله تعالى حقيقة ، وهذا دعوى بلا دليل . ثم أقول : الحق عندى أن قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لأبى حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى الخ ، كأنه قال : ثم الفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بينهما لأن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى ، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر (قوله وفى المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة ، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية : وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا ، وقال : قال بعضهم : إنها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية ، والفرق بينها وبين الذمية

وقوله (على الخلاف المعروف فى تصرفاته) يعنى أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبى حنيفة إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته وإلا فلا . وقوله (وفى المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردّة) وصارت كالذمية . قال فى النهاية : وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا ، وقال : قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية . والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقرّ على اعتقادها ، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها ، والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهاهنا الأصح وهما يصدقان ، وقوله (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذمى بماله كله جاز) قيل هذا إذا لم تكن الورثة معه ، أما إذا كانت فإنها تتوقف على إجازتهم ، وإلى هذا أشار بقوله (وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب) وقوله (وذلك فى حق المستأمن أيضا) جواب عما يرد على قوله ورد الباقى على الورثة وهو أن يقال قد قلت : ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب ، فكيف يردّ عليهم الباقى . ووجهه أن ذلك الردّ على الورثة أيضا مراعاة لحق المستأمن ، لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ . وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر .

المناسب لكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة (قوله والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك : الصحيح وهاهنا الأصح وهما يصدقان) أقول : فيه بحث ، فإنهم إذا قالوا هو الصحيح فهو فى مقابلة الخطإ ، بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالأصحية بالالتزام (قال المصنف : وذلك من حق المستأمن أيضا) أقول : لا من حق ورثته حتى ينافى ما قلنا آنفا (قال المصنف : ولهذا يصح عقود التمليكات منه فى حال حياته) أقول : فيه شىء ، فإن هذا الكلام إنما يناسب لإثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذمى ،

واحدة . ولو أوصى لحربيّ . فى دار الإسلام لايجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته . والله أعلم بالصواب .

(باب الوصى وما يملكه)

قال (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصى فى وجه الموصى وردها فى غير وجهه فليس برد) لأن الميت مضى

أن الذمية تقرّ على اعتقادها ، وأما المرتدة فلا تقرّ على اعتقادها اه . وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية : والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهنا الأصح وهما يصدقان اه . أقول : ليس هذا بتوفيق صحيح ، إذ لاشك أن مراد من قال فى الخلافيات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لابيان مجرد صحته مع رجحان الآخر . كما أن مراد من قال هو الأصح ترجيحه على الآخر بل قوله هوالصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح ، ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقا معا (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الإسلام لايجوز ، لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) أقول : هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الإرث منقوض بمسائل متعددة مرت فى الكتاب آنفا : منها ما إذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمى بماله كله فإنه جائز ، مع أن الإرث ممتنع بين الذمى والحربى لتباين الدارين . وبين المسلم والحربى لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكما . ومنها ما إذا أوصى ذمى لحربى مستأمن بوصية فإنه جائز فى ظاهر الرواية ، مع أنه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما . ومنها ما إذا أوصى مسلم لمستأمن بشىء فإنه أيضا جائز فى ظاهر الرواية مع أنه لاتوارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين و لتباين الدارين أيضا إذا كان الكافر حربيا ولو كان مستأمنا .

(باب الوصى وما يملكه)

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع فى بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصى ، وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة

وقوله (ولو أوصى لحربىّ فى دار الإسلام) دار الإسلام ظرف لأوصى لا لقوله حربى : أى لو أوصى الذمى فى دار الإسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ، ولأن الذمى إذا أوصى لحربى فى دار الإسلام جاز على ماذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له : أى للمستأمن مسلم أو ذمى بوصية جاز ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب الوصى وما يملكه)

لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصى لما أن كتاب الوصايا يشمله ، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة إلى معرفتها أمسّ (ومن أوصى إلى رجل) أى جعله وصيا (فقبل الوصىّ فى وجه الموصى) أى بعلمه (وردّها فى غير وجهه) أى بغير علم الموصى ، هكذا ذكره فى الذخيرة ، إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصى ليتدارك حاله عند ردّ الموصى (فليس بردة لأن الميت مضى لسبيله) أى الموصى مات معتمدا عليه ، فلو صحّ رده بغير علمه فى حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو إضرار لايجوز فيردّ رده ، وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى إليه فى أن قبول الأول فى الحال غير معتبر حتى لو قبله فى حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحيحا ، بخلاف الثانى على ماذكرتم . وأجيب بأن نفع الأوّل بالوصية لنفسه ونفع الثانى للموصى فكان فى رده بغير علمه إضرار به فلا يجوز ،

ويمكن التوجيه كما أشير إليه فليتأمل (قوله ولأن الذمى إذا أوصى) أقول : فى صحة هذا العطف تأمل .

(باب الوصى وما يملكه)

معتمدا عليه . فلو صح رده فى غير وجهه فى حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده ، بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه لأنه لاضرر هناك لأنه حى قادر على التصرف بنفسه (فإن ردها فى وجهه فهو رد) لأنه ليس للموصى ولاية إلزامه التصرف ، ولا غرور فيه

وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه) قال صاحب النهاية : هذا الذى ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبى وفتاوى قاضيخان ، لأنه ذكر فى هذه الكتب أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لايصح . حتى لوعزل نفسه من غير علم الموكل لايخرج عن الوكالة . وموضعه فى الذخيرة الفصل الثانى من وكالتها ، والفصل العاشر من التتمة ، والباب السابع والستون من أدب القاضى . وباب بيع الأوصياء من وصايا الجامع الصغير . وفصل التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان ، إلى هنا لفظ صاحب النهاية . وقال صاحب الغاية : وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لأنه لايملك عزل نفسه ثمة أيضا بغير علم الموكل كما فى الوصى لأنه يؤدى إلى تغرير الموكل ، بخلاف ما إذا كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لأنه لايؤدى إلى تغرير الآمر . وهذا فيما إذا وكله بشراء شىء بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ . وإليه أشار صاحب الهداية فى كتاب الوكالة فى فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ماقيل إلا بمحضر من الموكل : أى لايملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ ، فعن هذا عرفت أن ماقال بعضهم فى شرحه هذا الذى قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشىء . لأن المراد بما ذكر فى التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لايملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلا بشراء شىء بعينه لابشراء شىء بغير عينه . ومراد صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلا بشراء شىء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف . إلى هنا كلام صاحب الغاية . وإلى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره فى شرحه . أقول : بل ليس هذا التوفيق بشىء لأنهم عقدوا فى أكثر المعتبرات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بابا على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل . وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشىء ، فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما إذا كان وكيلا بشراء شىء بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل فى مسئلة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة . ويكون حكم العزل فى سائرها متروك الذكر بالكلية فى عامة روايات الكتب ، ولعمرى إن حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لاتخفى . ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها : الفصل الثانى فى رد الوكالة من الوكيل وفى عزل الوكيل ، وقال : قد ذكرنا أن الوكيل إذا رد الوكالة ترتد ، ولكن هذا إذا علم الموكل بالرد . وإن لم يعلم فلا ترتد حتى إن من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا . ثم قال : ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ، ولا يخرج عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وسائر التصرفات فى ذلك على السواء . ثم قال : وكذلك إذا عزل نفسه لايصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى . انظر بعين البصيرة هل فيه مايساعد التقييد بما إذا كان وكيلا بشراء شىء بعينه ، وعن هذا قال صاحب الكافى هاهنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ ؛ ألا يرى أن الوكيل إذا أخرج نفسه من الوكالة لايصح إلا بعلم الموكل دفعا للغرر والضرر المنهيين ، فأن يجب نفى الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى (قوله لأنه لاضرر هناك لأنه حى قادر على التصرف بنفسه) أقول : لقائل أن يقول : هذا

بخلاف الأول ، لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصى ولاضرر له فى ذلك . ويشير إلى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير وجهه) أى فى غيبته وبغير علمه . (لأنه لاضرر هناك لأنه حى قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل علة جوازه عدم الضرر كما فى رد الموصى له . قال صاحب النهاية : هذا الذى ذكره مخالف

لأنه يمكنه أن ينيب غيره (وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل) لأن الموصى ليس له ولاية الإلزام فبقى مخيرا . فلو أنه باع شيئا من تركته فقد لزمته ، لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت . وينفذ البيع لصدوره من الوصى . وسواء علم بالوصاية أولم يعلم . بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لاينفذ لأن الوصاية خلافة لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية إليه . وإذا كانت خلافة لاتتوقف على العلم كالوراثة . أما التوكيل إنابة لثبوته فى حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب .

التعليل ينتقض بصورة رد الوصى الوصية فى غير وجه الموصى فى حياته . فإن الموصى حى قادر على التصرف بنفسه فى حال حياته . مع أنه لايصح رد الوصى الوصية فى غير وجه الموصى بعد أن قبلها فى وجهه لا فى حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا . والجواب أن معنى الإيصاء إلى أحد استخلافه بعد الموت لا فى حال الحياة . فالتصرف الذى يرفعه الموصى إلى الوصى إنما هو التصرف الكائن بعد موته . ولا شك أنه ليس بقادر فى حياته على التصرف الحاصل بعد مماته . كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض . نعم إنه يقدر فى حياته على الإيصاء إلى الآخر بدل الأول إذا علم رد الأول . لكن الكلام هنا فى عدم صحة رد الوصى بغير علم الموصى فإن معنى قوله فى غير وجهه بغير علمه . ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه فى الذخيرة وذكر فى الشروح أيضا (قوله وإذا كانت خلافة لاتتوقف على العلم كالوراثة) أقول : يرد عليه أن يقال : هب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هى خلافة اختيارية ؛ ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى إليه ولم يردها حتى مات الموصى فهو بالخيار ، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل كما مر فى الكتاب آنفا ، فإذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى إليه إياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى إليه بها مشكل جدا ، إذ لايخفى أن اختيار شىء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح : ومن تلك الكتب ماذكره المصنف فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ، ولا يكون النهى

لعامة روايات الكتب من التتمة والذخيرة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبى وفتاوى قاضيخان ، ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لايصح ، حتى لوعزل نفسه من غير علم الموكل لايخرج عن الوكالة ، ولكن ليس فيما نقله مايدل على الوكيل بشراء شىء بغير عينه ، وعن هذا قال بعض الشارحين : رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلا بشراء شىء بعينه ، وقد أشار إليه المصنف فى كتاب الوكالة فى فصل الشراء بقوله على ماقيل إلا بمحضر من الموكل ، وذلك أيضا قول المشايخ على مايشير إليه قوله قيل وسببه الإضرار بتغريره ، وأما إذا كان وكيلا بشراء شىء بغير عينه فليس فيه ذلك . وقوله (وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصى ليس له ولاية الإلزام فبقى مخيرا) يعنى كمن وكل حال حياته . فإنه مالم يوجد من الوكيل قبول نصا ولا دلالة كان بالخيار . قيل كان يجب أن لايكون مخيرا لأنه لما بلغه الإيصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصى ولم يوص إلى غيره وفى ذلك ضرر به والضرر مرفوع . وأجيب بأن الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار . بخلاف ما إذا قبل ثم رد فى غيبته فإنه غار فيبطل اختياره . وقوله (فلو أنه باع شيئا من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح بخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت . وقوله (وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره فى كتاب أدب القاضى فى فصل القضاء بالمواريث : ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ، ولا يكون

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول : يعنى الإتقانى .

(وإن لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لأن بمجرد قوله لا أقبل لايبطل الإيصاء . لأن فى إبطاله ضررا بالميت وضرر الوصى فى الإبقاء مجبور بالثواب . ودفع الأول وهو أعلى أولى . إلا أن القاضى إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه . إذ للقاضى ولاية دفع الضرر . وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ إخراجه . فلو قال بعد إخراج القاضى إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضى . قال (ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية ، لأن الإخراج يكون بعدها . وذكر محمد فى الأصل أن الوصية باطلة . قيل معناه فى جميع هذه الصور أن الوصية

عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل . وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : هو والأول سواء : أى الواحد فيهما يكفى انتهى . وقال بعض المتأخرين: قوله فيما تقدم من الكتب « ما » عبارة عن الكتب ، ومن للتبعيض: أى بيناه فى بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ، ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح ، إذ ليس لما ذكره أثر فى غير كتاب القضاء أصلا انتهى . أقول : ليس ما قاله هذا البعض بصحيح ، لأن المصنف كما ذكره فى كتاب أدب القاضى ذكره فى كتاب الوكالة وفى كتاب الشفعة أيضا ، فإنه قال فى باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة : فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ، ثم قال فيه : وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فلا نعيده . وقال فى باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة : وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبى حنيفة ، وقالا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة إذا كان الخبر حقا ، وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى . والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بأن ليس لما ذكره أثر فى غير كتاب القضاء أصلا بدون التتبع لما تقدم من الكتب (قوله إلا أن القاضى إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح : قوله إلا أن القاضى إذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل

النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : هو والأول سواء : أى الواحد فيهما يكفى . وقوله (وإن لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل) يعنى أن الوصى إذا سكت فى حياة الموصى ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصى إن لم يخرجه القاضى حين قال لا أقبل . لأن بمجرد قوله لا أقبل لايبطل الإيصاء عندنا خلافا لزفر ، لأن فى إبطاله مضرة بالميت وفى إبقائه ضرر للوصى . لكن الأول أعلى لكونه غير مجبور بشيء والثانى مجبور بالثواب ، ودفع الأعلى من الضرر أولى لا محالة . وقوله (إلا أن القاضى إذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك : يعنى أن القاضى إذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لايصح قبوله بعد ذلك . واختلف المشايخ فى تعليل صحة هذا الإخراج . فمنهم من قال : القاضى حكم فى فصل مجتهد فيه فينفذ . وإليه ذهب الإمام شمس الأئمة السرخسى وهو الذى اختاره المصنف . ومنهم من قال : إنما صح لأن الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضى أن يخرجه ويصح الإخراج فهنا أولى . وإليه ذهب شمس الأئمة الحلوانى والباقى واضح . قال (ومن أوصى إلى عبد أو كافر الخ) ومن أوصى إلى عبد غيره أو كافر ذمى أو مستأمن أو حربى أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصية ونصب غيرهم ، وهذا اللفظ وهو لفظ القدورى يشير إلى صحة الوصية ، لأن الإخراج يكون بعد الصحة ، وذكر محمد فى الصور الثلاث أن الوصية باطلة . ثم اختلف المشايخ فى أنه باطل أصلا أو معناه سيبطل . قال الفقيه أبو الليث : وإليه ذهب القدورى وفخر الإسلام البزدوى وعامة مشايخنا أن معناه سيبطل ، ووجهه أن العبد أهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ، ولكن

(قوله وقوله إلا أن القاضى إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول : فيه بحث .

ستبطل ، وقيل معناه فى العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده . وفى غيره معناه ستبطل ، وقيل فى الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الإخراج أن الأصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر فى الجملة ، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضى من الوصاية ويقيم غير مقامه إتماما للنظر . وشرط فى الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه فى المال ، وهذا يصلح عذرا فى إخراجه وتبديله بغيره . قال (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية) لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وإن كانوا صغارا كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبى حنيفة ، ولا تجوز عندهما وهو القياس . وقيل قول محمد مضطرب ، يروى مرة مع أبى حنيفة ، وتارة مع أبى يوسف . وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن

فله ذلك : يعنى أن القاضى إذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لايصح قبوله بعد ذلك انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن المصنف قيد قوله فله ذلك بقوله إن لم يكن القاضى أخرجه حين قال لا أقبل ، وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضى إذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك : أى لم يصح قبوله ، والمفهوم معتبر فى الروايات بالإجماع كما نصوا عليه ، فلم يبق احتياج إلى استثناء ما إذا أخرجه القاضى عن الوصايا من قوله فله ذلك ، فلوكان قوله هنا إلا أن القاضى إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك فى الكلام كما لايخفى ، فالوجه عندى أن يكون قوله هنا إلا أن القاضى إذا أخرجه استثناء من قوله فى قربه ودفع الأول وهو الأعلى أولى ، فيكون هذا الاستثناء داخلا فى حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظرا إلى مفهوم قيدها وهو قوله إن لم يكن القاضى أخرجه حين قال لا أقبل ، كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا إلى منطوق أصلها ، ويؤيده أن هذا الاستثناء لم يكن مذكورا فى البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك أيضا بحالها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبى حنيفة ومرة مع أبى يوسف) قال صاحب العناية : ولنا فى هذا القيل نظر ، لأن كبار الثقات المتقدمين على صاحب

لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الإجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية . قلنا : إنها ستبطل بإخراج القاضى إياه عنها ، وأما الكافر فقد ذكر فى كتاب القسمة أنه لو قاسم شيئا قبل أن يخرجه القاضى جاز ، فثبت أن الإيصاء صحيح لكنه لايتوقى البياعات الفاسدة فجاز للقاضى أن يخرجه عن الوصية . وقال بعضهم إنه باطل فى العبد ، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسى ، وذلك لأن الوصاية ولاية متعدية ، وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا أن يكون له ولاية على غيره ، فقوله لعدم ولايته إشارة إلى ماقبل الإجازة . وقوله (واستبداده إلى مابعدها) لأنها بمنزلة الإعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم . وقيل معناه فى الكافر أيضا باطل لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الإخراج ظاهر . وقد ذكرنا بعضا منه آنفا . وقوله (وهذا يصلح عذرا فى إخراجه وتبديله بغيره) لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر فى ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة ، وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية . وقوله (ومن أوصى إلى عبد نفسه) واضح .

(قال المصنف : وقيل فى العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ، وفى غيره معناه ستبطل) أقول : فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فإن اسم الفاعل حقيقة فى الحال مجاز فى الاستقبال ، والحمل على عموم المجاز محل تأمل ، يعلم الجواب مما ذكر فى شرح الإتقانى ، وهو أن محمدا ذكر فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فى المسلم يوصى إلى الذمى . قال الوصية باطلة ، وكذلك إن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة ، إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير . وذكر محمد فى الأصل : وإذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وإن أجاز مولاه . وقال فى الأصل أيضا : إذا أوصى المسلم إلى ذمى أو إلى حربى مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل . وقال فى الأصل أيضا : ولو أوصى إلى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية إليه باطلة انتهى (قال المصنف : ومن أوصى إلى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية .)

الرق ينافيها ، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع ، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ، وفى اعتبار هذه تجزئتها لأنه لايملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع . وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ، وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب ، والوصاية قد تتجزأ على ماهو المروى عن أبى حنيفة ، أو نقول : يصار إليه كى لايؤدى إلى إبطال أصله ، وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى . قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضى غيره) رعاية لحق الموصى والورثة . وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شكا إليه الوصى ذلك لايجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة ، لأن الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضى عجزه أصلا

الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبى يوسف بلا اضطراب ، كالطحاوى فى مختصره والكرخى فى مختصره وأبى الليث فى نكت الوصايا والقدورى فى التقريب وشمس الأئمة السرخسى فى شرح الكافى وصاحب المنظومة فيها وفى شرحها وغيرهم من أصحابنا اهـ . أقول : نظره ساقط ، إذ لايلزم من أن يذكر قول محمد مع أبى يوسف فى كتب هؤلاء المشايخ الذين عدهم أن لايكون قوله مضطربا فى نقل أحد أصلا ، كيف وقد قال فى المحيط البرهانى : وإن كانت الورثة صغارا كلهم فإن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة ، وإن أوصى إلى عبد نفسه فالوصية جائزة فى قول أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف : إنها باطلة على التفسير الذى قلنا ، وقول محمد فى الكتاب مضطرب ذكر فى بعض الروايات مع أبى حنيفة وفى بعضها مع أبى يوسف انتهى . نعم الذى وقع فى كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبى يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبى يوسف أولا ، وأشار إلى وقوع رواية أخرى فى كلام بعضهم حيث قال : وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لأحد عليه ولاية . فإن الصغار وإن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل : عليه إن لم يكن لهم ذلك . فللقاضى أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة . وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء إليه لم يبق للقاضى ولاية البيع ، كذا

وقوله (وفى اعتبار هذه) أى هذه الوصية وهى وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لأنه لايملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لأن الوصى إنما يملك الولاية من الموصى وولايته لاتتجزأ إذ لايقال ولايته فى بعض دون بعض . فلو ثبت التجزى فى ولاية الوصى ثبت فى ولاية الموصى لكنه غير متجز فكان عائدا على موضوعه بالنقض . وقوله (إنه مخاطب) احتراز عن الصبى والمجنون . وقوله (مستبد) احتراز عن الإيصاء إلى عبد الغير وعما إذا كان فى الورثة كبار . وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه إن لم يكن لهم ذلك فللقاضى أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة . وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء لم يبق للقاضى ولاية البيع . وقوله بكونه ناظرا لهم لأن العاقل لايختار المرقوق دون الأحرار كافة إلا إذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فإن الإيصاء إليه جائز فكذلك هذا . قوله (والوصاية قد تتجزأ) جواب عن قولهما وفى اعتبار هذه تجزئتها ، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبى حنيفة أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما فى العين وإلى الآخر فى الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى إليه خاصة ، أو نقول : يصار إليه أى إلى التجزى كى لايؤدى إلى إبطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار . فإن قيل : يفضى إلى تغيير وصفه وهو جعله متجزئا بعد مالم يكن . قلنا : يعتبر الوصف لتصحيح الأصل أولى من إهداره بالكلية . قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية . اعلم أن الأوصياء ثلاثة : عدل كاف ، وعدل غير كاف ، وفاسق . وزاد المصنف

أقول : لايخفى عليك أن وجه صحة الوصية إلى عبد الغير جار هنا ، إلا أن يؤول ويقال : إذا كان للقاضى أن يخرجه لم يستقر على الصحة . فكأنه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال .

استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ؛ ولو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضي أن يخرجه ، لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فإبقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره ، وكذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لاينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصيا لأمانته وقد فاتت ، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها ، فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لاوصي له . قال (ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى . وقال أبو يوسف : ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لاتتجزأ فيثبت لكل منهما كملا كولاية الإنكاح للأخوين ، وهذا لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مقيد ، وما رضي

السؤال والجواب في أكثر الشروح ، وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى الأسرار . أقول : في هذا الجواب بحث ، لأن عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية إليه شرعا ، وهو أول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام إقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله ، فلو بني تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لامحالة ، فالحق في الجواب عن السؤال المذكور مانقله صاحب الغاية عن شرح الأقطع حيث قال : وأورد في شرح الأقطع سؤالا وجوابا فقال : فإن قيل : إذا كانوا صغارا فالقاضي يلي على بيعه إذا رأى ذلك . قيل ولاية القاضي على الوصي لاتمنع جواز الوصية ، لأنه يلي على الأحرار مع

العاجز أصلا إذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم إليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا لأن القاضي نصب ناظرا ، وإذا علم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره إليه ، وإذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى إليه الوصي ذلك : أي عدم الاستبداد بعجزه لايجيبه كما ذكر في الكتاب ، ولو ظهر عنده عجز أصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين : اى جانب الموصي والوصي ، يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه ، وإذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي أن يتعرض إليه بالإخراج وإن شكاه الورثة أو بعضهم إليه ، إلا إذا ظهر منه خيانة فإنه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب . قوله (ومن أوصى إلى اثنين الخ) روى عن أبي القاسم الصفار أنه قال : هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعا معا بعقد واحد ، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف . قال الفقيه أبو الليث : هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كلا منهما على الانفراد . وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال : الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى إليهما جميعا أو متفرقا . وجعل في المبسوط هذا الأصح لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع ، بخلاف الوكالة ، وإنما قال إلا في أشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف أقوال العلماء فيها ، فذكر في الأسرار ستة ، وهو ماعدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الأموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء مالابد للصغير منه وبيع مايسرع إليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة . وذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهي الستة المذكورة في الأسرار ، وتنفيذ الوصية ، وقبول الهبة . وذكر فيه أيضا جمع الأموال الضائعة ، قيل : ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة فيعدان واحدا كي لايزداد ما نص عليه من الثمانية ، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك . وقوله (سبيلها الولاية) يعني أنها لاتثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على مامر .

الموصى إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى ، بخلاف الأخوين فى الإنكاح لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولى ، حتى لو طالبته بإنكاحها من كفوء يخطبها يجب عليه وهاهنا حق التصرف للوصى ، ولهذا يبقى مخيرا فى التصرف ، فنى الأول أوفى حقا على صاحبه فصح . وفى الثانى استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذى عليهما ولهما . بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لامن باب الولاية . ومواضع الضرورة مستثناة أبدا . وهى ما استثناه فى الكتاب وأخواتها فقال (إلا فى شراء كفن الميت وتجهيزه) لأن فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لأنه يخاف موتهم جوعا وعريا (ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الأموال وقضاء الديون) لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك . وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه

وجود الوصية إليهم انتهى (قوله وهى ما استثناه فى الكتاب وأخواتها) يعنى وهى : أى الأشياء المعدودة ما استثناه القدورى فى مختصره بقوله إلا فى شراء كفن الميت وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، ورد وديعة بعينها ، وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها ، وعتق عبد بعينه ، والخصومة فى حقوق الميت انتهى . وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدورى الاستثناء عليها فى مختصره . واقتفى أثره المصنف فى البداية ، وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على « ما » فى قوله ما استثناه فى الكتاب : أى والمسائل التى هى أخوات المسائل المستثناة فى الكتاب وهى ما زاده المصنف فى الهداية بقوله ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الأموال . ثم بقوله وقبول الهبة وبيع مايخشى عليه التوى والتلف وجمع الأموال الضائعة ، وهذه التى زادها المصنف على مافى الكتاب ستة أشياء . فيصير مجموع الأشياء المعدودة خمسة عشر كما لايخفى . قال بعض المتأخرين فى شرح هذا المحل : قوله وهى ما استثناه فى الكتاب : أى فى مختصر القدورى كماسبق ، وقوله وأخواتها بالرفع عطف على « ما » إشارة إلى أنه يزاد عليه أشياء أخر وهى ماذكرته فيما سبق : يعنى قوله وزاد عليها المصنف رد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الأموال . وقال : ثم إن جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل فى الأسرار بناء على أن الأول داخل فى الثانى ، وكذا رد المغصوب والوديعة والمشترى شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر ، وما زاده اثنين وإلا فأربعة عشر ، وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه . أقول : هذا الذى ذكره مع كونه ناشئا عن الغفلة عما زاده المصنف فى الآخر من أشياء ثلاثة : وهى قبول الهبة ، وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف ، وجمع الأموال الضائعة مختل فى ذاته ، إذ لايمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين ، وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة ، لأن زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر ، بل لابد أن يكون بزيادة الثلاثة اثنى عشر كما لايخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال فى غاية البيان : وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله فى شراء الكفن . وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ، ورد المغصوب ، والمشترى شراء فاسدا ، وحفظ الأموال ، وقضاء الديون . كل ذلك بالجر ، وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها ، وعتق عبد بعينه ، والخصومة ، وقبول الهبة ، وبيع مايخشى عليه التوى . وجمع الأموال الضائعة . كل ذلك بالجر انتهى . أقول : لايخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الإعراب هو الذى ذكر فى الشرح المزبور . لكنه منظور فيه عندى لأن قول المصنف فى شراء الكفن فى كتابه هذا واقع فى حيز قال فى قوله فقال فى شراء الكفن : ولا ريب أن الضمير المستتر فى قوله فقال راجع إلى ما رجع إليه الضمير المستتر فيما استثناه فى الكتاب وهو القدورى ، والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الأمور المعطوفة على شراء الكفن بالجر فى الهداية من مقول القدورى فى مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفا ، اللهم إلا أن يحمل قوله فقال إلا

وقوله (لأنها ليست من باب الولاية) أى الولاية المستفادة من الموصى لتحققها من غير من أوصى إليه ، وذكر رواية الجامع

وحفظ المال يملكه من يقع فى يده فكان من باب الإعانة . ولأنه لايحتاج فيه إلى الرأى (وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه) لأنه لايحتاج فيه إلى الرأى (والخصومة فى حق الميت) لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لأن فى التأخير خيفة الفوات . ولأنه يملكه الأم والذى فى حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع مايخشى عليه التوى والتلف) لأن فيه ضرورة لاتخفى (وجمع الأموال الضائعة) لأن فى التأخير خشية الفوات . ولأنه يملكه كل من وقع فى يده فلم يكن من باب الولاية . وفى الجامع الصغير: وليس لأحد الوصيين أن يبيع ويتقاضى . والمراد بالتقاضى الاقتضاء . كذا كان المراد منه فى عرفهم . وهذا لأنه رضى بأمانتهما جميعا فى القبض . ولأنه فى معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ماعرف فكان من باب الولاية ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحدعلى الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضى برأى الواحد . وقيل الخلاف فى الفصلين واحد . وهو

فى شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدورى فى مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الإلحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع فى يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين : يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لأنه ليس فى قضاء الدين إلا حفظ المال إلى أن يقضى صاحب الدين ؛ وكل من يقع المال فى يده فهو يملك حقه انتهى . أقول : لايذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهبا إليه تكلف بارد ، بل تعسف فاسد ، إذ لاشك أن مراد المصنف بقضاء الدين فى قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الأموال ، فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران . والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع فى يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الأموال كما لايخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه فى عرفهم) أقول : فيه شىء وهو أن قوله كذا كان المراد منه فى عرفهم يوهم أن لايكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى فى الوضع واللغة ، بل كان معناه فى العرف . مع أن الأمر ليس كذلك كما صرح به المصنف فى باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال : الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لأنه فى معناه وضعا ، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى . ويدل على كون معناه ذلك فى الوضع ما ذكر فى كتب اللغة . قال فى القاموس : تقاضاه الدين : قبضه منه . وقال فى الأساس : تقاضيته دينى وبدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى : أى أخذته انتهى . ثم أقول فى الجواب : ليس مراد المصنف هاهنا بقوله كذا كان المراد منه فى عرفهم نفى كونه كذلك فى اللغة والوضع ، بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع . وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء فى الوضع غير كاف لأن العرف قاض على الوضع : أى راجح عليه . فإن قلت : بقى المخالفة حينئذ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك إلا أن العارف بخلافه . قلت : مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا فى عرف المجتهدين ، ومراده هناك أن العرف بخلافه فى زماننا أوفى ديارنا ، ولا غرو فى اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ، ويؤيده أن صاحب المحيط قال فى كتاب الوكالة : الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد فى الأصل. ثم قال : وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام البزدوى فى شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى فى عرف ديارنا لايملك القبض كذا جرت العادة فى ديارنا ، وجعل التقاضى مستعملا فى المطالبة مجازا لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم (قوله ولأنه فى معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ماعرف فكان من باب الولاية) أقول : لقائل أن يقول : إن كان الاقتضاء فى معنى المبادلة كان

الصغير لبيان أن اقتضاء الدين: أى قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف . وقوله (ولو أوصى إلى كل واحد منهما على الانفراد) ذكرناه فى مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما .

وهو الأصح لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب . فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر ، أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه . وعند أبي يوسف الحيّ منهما ، وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفا في حقوقه ، وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت . ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحيّ فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر . ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصيّ آخر لأن رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه . وعن أبي حنيفة أنه لا ينفرد بالتصرف لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده . بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى . وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الأول عندنا . وقال الشافعي : لا يكون وصيا في تركة الميت الأول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة ، والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره . ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ، ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس . ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه فكذا الوصي . وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته . وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما . ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بإيصائه إلى غيره . بخلاف الوكيل لأن الموكل حيّ يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه . قال (ومقاسمة الوصيّ الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة)

القضاء أيضا في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من الجانبين ، وإذا كان أحدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم

وقوله (فإن مات أحدهما) متصل بأول الكلام . وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحيّ) ظاهر . وقوله (وإلى الجد في النفس) يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد . فكذا الوصي فيما انتقل إليه لأنه خلف عن الأول ، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائما حكما . والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل . وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أي عند موت الموصي كان للوصيّ ولاية في التركتين : أي في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يئول إليه وتركة موصيه . أما في تركته فباعتبار أنه ملكه . وأما في تركة موصيه فباعتبار الوصاية إليه فينزل الثاني منزلته فيهما . وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أي لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله غيره أو يوصي إلى غيره . قال (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نائبا عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار إن كانوا صغارا ، وفي المنقول إن كانوا كبارا ، حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشيء . وأما إن كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا في المنقول والعقار جميعا ، حتى لو هلك في يد الوصي ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم ، والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا . أما إذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول ، فكذا القسمة لأنها نوع بيع ، ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب . وحاصله أن الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصي خصما عنهم وقائما مقامهم . وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه

لأن الوارث خليفة الميت حتى يردّ بالعيب ويردّ عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا فصحت قسمته عليه ، حتى لو حضر وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له . أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد ، ولهذا لايرد بالعيب ولا يرد عليه . ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقى لأن القسمة لم تنفذ عليه ، غير أن الوصى لايضمن لأنه أمين فيه ، وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقى لأن الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة . قال (فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقى) لما بينا . قال (وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم فى الورثة فهلك ما فى يده حجّ عن الميت من ثلث ما بقى . وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحجّ

أن يكون القضاء أيضا من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (قوله غير أن الوصى لايضمن لأنه أمين وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية : فيه إشارة إلى أنه لاضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة فى يده ، لأن الحفظ إنما يتصوّر فى ذلك . أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار ، إن شاء ضمن القابض بالقبض ، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع ، كذا فى النهاية ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه خلل ، لأن مقتضى تحريره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصى ما أفرزه للورثة إليهم على الإطلاق : أى سواء كان ماسلمه إليهم باقيا فى أيديهم أو هالكا . وليست المسئلة كذلك لا فى النهاية ولا فى غيرها ، فإنه قال فى النهاية : ثم إن كان ما أعطاه الوصى للورثة باقيا فى أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم ، وإن كان هالكا كان الموصى له بالخيار فى تضمين الحصة التى دفعها الوصى إلى الورثة ، إن شاء ضمن القابض بالقبض ، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع ، فإن لم يكن دفع حصة الورثة إليهم حتى هلك الكل فى يد الوصى لم يكن للموصى له أن يضمن الوصى شيئا لبقاء حكم الأمانة فى المال فكذا فى هلاك قدر نصيبه ، إلى هذا أشار الإمام المحبوبى ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال فى المحيط البرهانى : فإن هلك حصة الموصى له فى يد الوصى وبقى نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقى فى يد الورثة ، وإن هلك حصة الورثة فى يد الورثة وهلك حصة الموصى له فى يد الوصى أيضا فما هلك فى يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ، إن شاء ضمن الوصى ، وإن شاء ضمن الوارث انتهى (قوله وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما فى يده الخ) قال صاحب النهاية فى شرح

(قوله حتى يردّ بالعيب) أى فيما اشتراه المورث (ويردّ عليه) أى فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث ، فإنه إذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فإنه يرجع على بائع الميت ، ولو لم يكن خليفة لما رجع ، كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فإن المشترى يرجع على بائعه دون بائع بائعه لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره (وقوله غير أن الوصىّ لايضمن) جواب سؤال تقديره إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذى هو غير مشروع فيجب الضمان ، كما لو تعدّى على المال واستهلكه . ووجه الجواب ما قال لأنه أمين فيه ، وله ولاية الحفظ فى التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ ، وفيه إشارة إلى أنه لاضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة فى يده ، لأن الحفظ إنما يتصوّر فى ذلك . أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع ، كذا فى النهاية . فإن قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ، ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه (قال وإن كان الميت أوصى بحجة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف

(قوله وفيه إشارة إلى أنه لاضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة فى يده) أقول : لايقال هذا مخالف لما ذكره سابقا من قوله فأعطى الورثة حقهم لأنه ينافع بأدنى تأمل .

عنه فضاع فى يده) وقال أبو يوسف : إن كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشىء . وإلا يرجع بتمام الثلث . وقال محمد : لايرجع بشىء لأن القسمة حق الموصى . ولو أفرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لايلزمه شىء وبطلت الوصية . فكذا إذا أفرزه وصيه الذى قام مقامه . ولأبى يوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها مابقى محلها . وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها . ولأبى حنيفة أن القسمة لاتراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحجّ بثلث مابقى . ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة. إذ لاقابض لها . فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها . قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضى فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة) لأن الوصية صحيحة . ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى نصب ناظرا لاسيما فى حق الموتى والغيب . ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح ، حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل . قال (وإذا باع الوصى عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصىّ قائم مقام

هذا المحل : وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة : أى قاسم الوصى الورثة فهلك ما فى يده : أى ما فى يد الحاج فالوصى والحاجّ مدلول عليهما غير مذكوربهما . واقتفى أثره صاحب معراج الدراية . أقول : ليس هذا الشرح بصحيح ، إذ لو رجع ضمير ما فى يده إلى الحاج فصار المعنى فهلك ما فى يد الحاجّ كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحجّ عنه فضاع من يده مستدركا محضا كما لايخفى . والصواب أن ضمير ما فى يده فى قوله فهلك ما فى يده راجع إلى الوصى ، فحينئذ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك فى قوله الآتى كما ترى (قوله وقال محمد : لايرجع بشىء لأن القسمة حق الموصى ، ولو أفرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لايلزمه شىء وبطلت الوصية ، فكذلك إذا أفرزه وصيه الذى قام مقامه) قال بعض المتأخرين : قلت هذا قياس مع الفارق ، لأن الموصى غير ملزم بشىء إذ له الرجوع عن الوصية رأسا ، فلا يلزم من عدم لزوم شىء لهذا عدم لزومه لذاك انتهى . أقول : ليس هذا بشىء ، فإن الموصى وإن لم يكن ملزما بشىء فى حال حياته إلا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة ، والمراد بما ذكر فى دليل محمد هو أن الموصى لو أفرز بنفسه مالا ليحج عنه فهلك ذلك المال لايؤخذ بشىء من تركته بعد مماته بل ببطل وصيته أصلا . وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال فى تقريره : وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصىّ بمنزلة دفع الميت ، ولو أن الميت هو الذى دفع

درهم وأوصى أن يحجّ عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصىّ ألفا ودفعها إلى الذى يحج عنه.فسرقت فى الطريق قال أبو حنيفة : يؤخذ ثلث مابقى من التركة وهو ألف درهم ، فإن سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقى مرة أخرى هكذا . وقال أبو يوسف : يؤخذ مابقى من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ، فإن سرقت ثانيا لايؤخذ مرة أخرى . وقال محمد : إذا سرقت الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى . ووجه ذلك مذكور فى الكتاب وهو واضح . وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ماذكره فى الكتاب ، وذكر الإمام المحبوبى أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن ، لأن القسمة فيه تمييز لامبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن ، فأما فيما لايكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع ، وبيع مال الغائب لايجوز فكذا قسمته . قلت : وضع المسئلة فى الدراهم لعله إشارة إلى ذلك فإنها مما يوزن . وقوله (وإذا باع الوصىّ عبدا من التركة) ذكره للفرق بينها وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد ، فإن ذلك لايجوز لأن لغريم العبد هناك حقا فى استسعاء العبد وبعد البيع لايبقى ، فكان فى البيع إبطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير إجازتهم . وأما هاهنا فليس لغريم المولى حق فى استسعاء العبد ، إنما حقه فى استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل يكون محققا له . لأن

الموصى . ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان فى مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه . وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لابالصورة والبيع لايبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء وأما هاهنا فبخلافه . قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصى وقبض الثمن فضاع فى يده فاستحق العبد ضمن الوصى) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه . وهذه عهدة لأن المشترى منه ما رضى ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصى البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده . قال (ويرجع فيما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل . وكان أبوحنيفة يقول أولا : لايرجع لأنه ضمن بقبضه . ثم رجع إلى ماذكرنا ويرجع فى جميع التركة . وعن محمد أنه يرجع فى الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها . ومحل الوصية الثلث . وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة . بخلاف القاضى أو أمينه إذا تولى البيع حيث لاعهدة عليه ، لأن فى إلزامها القاضى تعطيل القضاء ، إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ، ولا كذلك الوصى لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر فى كتاب القضاء . فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشىء كما إذا كان على الميت دين آخر . قال (وإن قسم الوصى الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع فى مال الصغير) لأنه عامل له ، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه . قال (وإذا احتال الوصى بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملأ ،

قبل موته إلى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لايؤخذ من تركته مرة أخرى ، كذلك هذا انتهى . فكأن ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف فى تقرير دليل محمد لايلزمه شىء أن يكون المراد أنه لايؤخذ من نفس الموصى شىء فى حال حياته فوقع

حقه فى الدراهم أو الدنانير لافى عين العبد وبالبيع يحصل . وقوله (ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعنى إذا باع بمثل قيمته . وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر . وقوله (لأنه ضمنه بقبضه) أى لابعمل آخر يكون للورثة ، لأن باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصى ولا لورثته . وقوله (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث . وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أى بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكى فإنه لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكى فكان الوصى مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة . وقوله (وقد مر فى كتاب القضاء) يعنى فى آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء الخ . وقوله (فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشىء) أى لاعلى الورثة ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم ، لأن البيع لم يقع إلا للميت فصار كما إذا كان على الميت دين آخر ، وذكر فى الذخيرة محالا إلى المنتقى أن الوصى يرجع على المساكين ، والقياس هكذا لأن غنم تصرف الوصى عاد إليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم ، وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير . ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل فى غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له (وقوله فإن قسم الوصى الميراث الخ) ظاهر ، وكذا قوله (وإذا احتال الوصى بمال اليتيم) ولم يذكر ما إذا كان المحيل والمحال عليه سواء فى الملاءة . وذكر فى الذخيرة أن فيه اختلاف

(قال المصنف : لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول : العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد ، وقيل هى نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعة أيضا غير أن فى حقوق العباد المقصود منها المال وفى حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء ، كذا فى كشف البزدوى وذكر فى المغرب ، وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول ، ومعناه : ما أدرك فيه من درك فإصلاحه عليه .

إذ الولاية نظرية ، وإن كان الأول أملأ لايجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه . قال (ولا يجوز بيع الوصيّ ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس فى مثله) لأنه لانظر فى الغبن الفاحش ، بخلاف اليسير لأنه لايمكن التحرز عنه ، ففى اعتباره انسداد بابه . والصبيّ المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر . بخلاف الوصى لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر . وعندهما لايملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لاضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (وإذا كتب كتاب الشراء على وصى كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لأن ذلك أحوط ، ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته فى آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب . ثم قيل : يكتب اشترى من فلان بن فلان ولايكتب من فلان وصى فلان لما بينا . وقيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهرا . قال (وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شىء إلا فى العقار)

فيما وقع (قوله لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل : لأنهم يتصرفون بحكم المالكية : أى يتصرفون بأهليتهم لابأمر المولى ، لأن الإذن فك الحجر ، فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله لأن الإذن فك الحجر بأن قال : فيه بحث ، فإن الكلام كان عاما للصبى المأذون والمكاتب انتهى . أقول : ليس هذا بوارد ، إذ لاشك أن المدعى كان عاما للصبى المأذون والمكاتب . إلا أن قوله لأن الإذن فك الحجر يصلح أن يكون تعليلا فى حقهما أيضا . أما فى حق الصبى المأذون فظاهر ، لأن الإذن فى حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه ، كما أن الإذن فى حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر فى كتاب المأذون . وأما فى حق المكاتب فلأنه وإن لم يكن مأذونا صراحة إلا أنه صار مأذونا فى ضمن عقد الكتابة لامحالة ، فإن أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الإذن له فى الكسب محال . والإذن فى الشرع فك الحجر وإسقاط الحق لاغير عندنا كما مر فى أول كتاب المأذون فلا غبار فى التعليل المزبور

المشايخ ، ومن لايجوزه يحتاج للفرق بينه وبين مالو باع الوصيّ مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبى فإنه جائز على مايجىء . والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصى يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش . فأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم . ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لايصح ، وإذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصى لايملكها من مال اليتيم عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف ، فيجب أن يكون هذا أيضا على ذلك . وقوله (ولايجوز بيع الوصيّ) واضح ولم يذكر ما إذا اشترى الوصى من مال الصغير شيئا لنفسه أو باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز أو لا . إن كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى إحدى الروايتين عنه ، وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع مايساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى مايساوى عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبى يوسف لايجوز على كل حال (وقوله والصبيّ المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية) أى يتصرفون بأهليتهم لابأمر المولى . لأن الإذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد . بخلاف الوصى على ما ذكر فى الكتاب عملا بقوله تعالى ــ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ــ قال (وإذا كتب كتاب الشراء على وصى) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفى تهمة شهادة الزور وهو واضح . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن ذلك أحوط . وقوله (وبيع الوصى على الكبير الغائب) قيد بالكبير ، لأن الورثة إذا كانوا صغارا جاز للوصى أن يبيع من تركة الميت العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أوغيبا

(قوله لأن الإذن فك الحجر) أقول : فيه بحث ، فإن الكلام كان عاما للصبى المأذون والمكاتب .

لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه ، فكذا وصيه فيه . وكان القياس أن لايملك الوصي غير العقار أيضا لأنه لايملكه الأب على الكبير ، إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه ، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ ، أما العقار فمحصن بنفسه . قال (ولا يتجر في المال) لأن المفوّض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد : وصيّ الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصيّ الأب في الكبير الغائب ، وكذا وصيّ الأم ووصي العم . وهذا الجواب في تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون مايكون من باب الحفظ فكذا وصيهم .

(قوله وكان القياس أن لايملك الوصي غير العقار أيضا لأنه يملكه الأب على الكبير) قال صاحب الكفاية : قوله لأنه لايملكه الأب على الكبير في صورة التناقض لقوله لأن الأب يلي ما سواه ويتفصى عنه بأن الأب لايملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى . أقول : ما ذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتام ، لأن الوصي أيضا لايملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية ، بل إنما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب ، فإن كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لايملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لايملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السباق والسياق لزم أن يكون معنى قوله لأنه لايملكه الأب على الكبير : أي لايملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا ، وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصي عن التناقض كما لايخفى ، وإن كان معنى ذلك كان القياس أن لايملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط ، إذ لم يقل أحد بأن الوصيّ يملكه

وقال المتأخرون : إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار ، أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار ، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة . وقيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا ، لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة ، إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطا أو بمقدار الدين إن لم يحط ، وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين . وقوله (لأن الأب يلي ماسواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة إذا لم يكن على التركة دين مستغرق فإن كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لأنه لايمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي . وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ، ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما . قالا في منع بيع الزيادة : إن جوازه للحاجة ولا حاجة إلى بيع الزائد فلا يجوز . واستحسن أبو حنيفة فقال : الولاية هاهنا بسبب الوصاية وهي لاتتجزأ . فمتى تثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ، ولأن في بيع البعض إضرارا لتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم . وللوصيّ ولاية ذلك في نصيب الكبير ؛ ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة . فإن قلت : قد علم حكم المسئلة إذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب وإذا كانوا صغارا بمفهومه ، فما حكمها إذا كانوا صغارا وكبارا . قلت : حكمها أن الكبار إذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالإجماع وبيع حصة الصغار من العقار ، وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر ، وإن اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا ، وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا ، وفي الزيادة الخلاف وإن كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالإجماع ، وفي بيع حصة الكبار الخلاف ، وإن كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف . وقوله (ولا يتجر في المال) ظاهر. وقوله (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الأخ والأم والعم ، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء فيما ترك الأب ليس

(قال المصنف : وكان القياس أن لايملك الوصي غير العقار أيضا لأنه لايملكه الأب على الكبير) أقول : يناقض ظاهره لقوله لأن الأب

قال (والوصىّ أحق بمال الصغير من الجد) وقال الشافعي : الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا لأن اختياره الوصىّ مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون وصى ، غير أنه يقدم عليه وصى الأب فى التصرف لما بيناه .

(فصل فى الشهادة)

قال (وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة) لأنهما متهمان فيها لإثباتهما

على الكبير بالولاية الحقيقية . فالوجه فى تقرير هذا المحل ما ذكره الإمام الزيلعي فى التبيين حيث قال : وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا ولا الأب كما لا يملكه على الكبير الحاضر ، إلا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع إليه الفساد ، لأن حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه . وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع انتهى . ثم إن بعض الفضلاء بعد أن نقل ما فى الكفاية ردّه بوجه آخر حيث قال : ولا يوافقه قوله ولا يليه انتهى . أقول : هذا ساقط إذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما فى الكفاية من التوجيه ، فإن معناه ولا يلى الأب العقار كما يلى غيره إذ فى غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ ، وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه ، وهذا لا ينافى ما فى الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذى فطنة .

(فصل الشهادة فى الوصية)

قال صاحب النهاية : لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمرا مختصا بالوصية أخّر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى . واقتفى أثره صاحب العناية نقلا عنه . أقول : ليس ذلك بسديد ، لأن الذى لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة ، وأما الشهادة فى الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمرا مختصا بالوصية كما لا يخفى . والظاهر فى وجه التأخير ما ذكره

كوصى الأب فى الكبير الغائب ، فإن وصى الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه ، العقار والمنقول فى ذلك سواء لأنه قائم مقام الأم والأم حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالى عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الأم فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار ، لأن له ولاية الحفظ ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية . أما إذا كان دين فإن كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لأن بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته ، وإن لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين ، وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار ، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصى الأخ والعم ، لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير فى المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه . وقوله (والوصىّ أحق بمال الصغير من الجد الخ)ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه الخ .

(فصل فى الشهادة)

قال فى النهاية : لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها . وقوله (وإذا شهد الوصيان) ظاهر .

بل ما سواه ، ويتفصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر ، كذا فى الكفاية ، ولا يوافقه قوله ولا يليه .

(...ل الشهادة فى الوصية)

معينا لأنفسهما . قال (إلا أن يدّعيا المشهود له) وهذا استحسان . وهو فى القياس كالأول لما بينا من التهمة . وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه . أما الوصاية تثبت بنصب القاضى .

صاحب الغاية حيث قال : وإنما أخّر ذكر الشهادة فى الوصية لكونها عارضة غير أصلية لأن الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصىّ ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه . أما الوصاية تثبت بنصب القاضى) قال صاحب النهاية : فإن قيل : إذا كان للميت وصيان فالقاضى لايحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر . فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه . قلنا : القاضى وإن كان لايحتاج إلى نصب الوصى لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا فى هذا المال إلا بالثالث . فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصى وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا . كذا ذكره الإمام المحبوبى فى باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير . إلى هنا لفظ النهاية . واقتفى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية . أقول : كل من السؤال والجواب منظور فيه عندى . أما السؤال فلا اتجاه له أصلا . فإن الوصيين اللذين نصبهما الميت إذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضى أن يضم إليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر فى أوائل باب الوصى وما يملكه . وإذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضى أن يضم إليهما الآخر ورضى به الآخر فله أيضا أن يضم إليهما الآخر كما صرح به فى كثير من المعتبرات . وأشار إليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر إليهما برضاه . قال تاج الشريعة فى شرحه : يعنى لو سألا من القاضى أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضى أن يجيبهما فى ذلك انتهى . ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين مطلقا . وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضى أن يضم الثالث إليهما البتة وإن بطلت شهادتهما كما نص عليه فى عامة المعتبرات . منها التبيين فإنه قال فيه : فإذا ردت شهادتهما ضم القاضى إليهما ثالثا . لأن فى ضمن شهادتهما إقرارا منهما بوصىّ آخر معهما للميت . وإقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار فى حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاثة . ثم قال فى بيان وجه الاستحسان فى صورة قبول شهادتهما : وجه الاستحسان أنه يجب على القاضى أن يضم إليهما ثالثا على ما بينا آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضى إياه انتهى . ومنها المحيط فإنه قال فيه : قال فى الأصل : وإذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه : من مشايخنا من قال ماذكر أنه يدخل معهما ثالثا قول قول أبى حنيفة ومحمد . وأما عند أبى يوسف لايدخل معهما ثالثا . ومنهم من يقول لا . بل المذكور فى الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر . فإنه لم يحك فيه خلافا . وإن صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثا . بخلاف ما لو قبل ثم أبى فإنه لايعمل ردّه وإباؤه . إلى هنا لفظ المحيط . وأما الجواب فلأن قياس ما نحن فيه على مالم يكن ثمة وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق إذ لاتهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا . وأيضا القاضى يحتاج هناك إلى نصب الوصى وهنا لايحتاج إليه فى زعم المجيب . فأين هذا من ذاك . ومجرد المشابهة فى جهة لايصحح القياس كما لايخفى . ثم إن بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه : إن وجوب كون المضمون هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لاتقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى . أقول : هذا ليس بشىء . لأن شهادة المتهم إنما لاتقبل فى إثبات حق شرعى وإيجابه . لا فى إسقاط شىء كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فإن شهادتهما تسقط عن القاضى مؤنة التعيين وإن لم تثبت الوصاية كما أشار إليه

وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضى لايحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر ، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت فيه الشبهة . وأجيب بأن القاضى وإن كان لايحتاج إلى نصب الوصى لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لاتدبير لنا فى هذا المال إلا بالثالث ، فأشبه من هذا الوجه مالم يكن ثمة وصىّ وهناك تقبل الشهادة ، فكذلك هاهنا ، ومعنى قبول الشهادة إسقاط مؤنة التعيين ،

قال (وكذلك الابنان) معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعنى الوصيين (لوارث صغير بشىء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة) لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما فى المشهود به . قال(وإن شهدا لوارث كبير فى مال الميت لم يجز ، وإن كان فى غير مال الميت جاز)) وهذا عند أبى حنيفة ، وقالا : إن شهدا لوارث كبير تجوز فى الوجهين ، لأنه لايثبت لهما ولاية التصرف فى التركة إذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة . وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتها فى غير التركة لانقطاع ولاية وصى الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه فى تركته لافى غيرها . قال (وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين

المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه . أما الوصاية تثبت بنصب القاضى ؛ وكم من شىء يكون حجة فى الدفع ولا يكون حجة فى الإثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ، ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال : وجه الاستحسان أن القاضى ملك نصب الوصى إذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضى بهذه الشهادة ولاية لم تكن ، وإنما أسقطت عنه مؤنة التعيين . ومثاله أن القرعة ليست بحجة ، ويجوز استعمالها فى تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضى فصلحت دافعة لاموجبة ، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح : قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اهـ . أقول : تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر يقتضى أيضا بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة ، لأن الحكم فى صورة الإنكار بطلان الشهادة لاغير . لكن لم يظهر لى ما دعاهم إلى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى فى الثانى أيضا وزيادة الإفادة إذ يصير المعنى إذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين فى صورة أن ينكر المشهود له ما شهدا به ، وفى صورة أن يدعيه فإن شهادتهما تبطل فى الصورة الأولى وتقبل فى الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فإن جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين فى الصورتين معا كما صرح به فى عامة الكتب ، وأما إذا جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتى مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان فى الكتاب بالكلية من غير ضرورة ، ولا يخفى ما فيه . فالحق عندى أنه معطوف على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما فى غير التركة لانقطاع ولاية وصىّ الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه فى تركته لافى غيرها) أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضى أن تجوز شهادتهما لوارث صغير أيضا فى غير تركة عند أبى حنيفة لجريانه بعينه هناك أيضا مع أن عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشىء من تركة الميت وغيرها متفق فى الكتاب آنفا فليتأمل فى الدفع (قوله وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت إلى آخر الفصل) قال فى العناية : جنس

صاية تثبت بنصب القاضى . وقوله (وكذلك الابنان) معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة ، وقوله (وكذا لو شهدا يعنى الوصيين الخ) واضح . وقوله (وإذا شهد رجلان لرجلين) جنس هذه المسائل أربعة أوجه : الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين . والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال . والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد . والرابع وهو المذكور فى الكتاب آخرا هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال ، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة ، فما تثبت فيه التهمة لاتقبل فيه الشهادة وهو الثانى والرابع ، وما لم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول : يعنى أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل فى عطف قوله تعالى ـ ولا يستأخرون ـ .

ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما . فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي حنيفة و محمد . وقال أبو يوسف : لاتقبل فى الدين أيضا . وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف . وعن أبي يوسف مثل قول محمد . وجه القبول أن الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة . ولهذا لو تبرّع أجنبيّ بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . وجه الردّ أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت . ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة . بخلاف حال حياة المديون لأنه فى الذمة لبقائها لا فى المال فلا تتحقق الشركة . قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق) لأنه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة ، وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهى باطلة) لأن الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة .

هذه المسائل أربعة أوجه : الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين . والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال . والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد . والرابع وهو المذكور فى الكتاب آخرا هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال . ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة : فما ثبت فيه التهمة لاتقبل الشهادة فيه وهو الثانى والرابع ، وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما فى الثالث على ما ذكر فى الكتاب . وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى . أقول : تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل؛ لأنه إن أراد بالأوجه الأقسام الكلية فهى ثلاثة لاغير : أحدها ما اتفقوا على جوازه . وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه . وثالثها ما اختلفوا فيه . وما عده وجها رابعا داخل فى القسم الثانى لا محالة . وإن أراد بها الأمثلة فهى خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب ، فلا وجه لجعل الاثنين منها وجها واحدا ، على أن قوله الأول ما اختلفوا فيه ، والثانى ما اتفقوا على عدم جوازه ، والثالث ما اتفقوا على جوازه لايساعد كون مراده بالأوجه هو الأمثلة ، بل يقتضى كون مراده بها هو الأقسام الكلية المذكورة كما لايخفى . ثم إن صاحبى النهاية والكفاية وإن ذهبا أيضا إلى كون الأوجه فى جنس هذه المسائل الأربعة ، إلا أن تقريرهما لاينافى كون المراد بالأوجه هو الأمثلة والمسائل دون الأقسام الكلية والأصول كما ينافيه تقرير صاحب العناية فإنهما قالا فيه : وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه : فى الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع ، وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لأنه لاشركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة . وفى الوجه الثانى لاتقبل بالإجماع ، وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضا . وفى الوجه الثالث لاتقبل أيضا . وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الأولين بثلث ماله ، لأن الشهادة

على ماذكر فى الكتاب . وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا ، فوجه القبول وهو الذى ثبت عليه الإمام محمد ولم يطرد أن الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرّع أجنبى بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . ووجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة ، بخلاف حال حياة المديون لأنه فى الذمة لبقائها لا فى المال فلا تتحقق الشركة .

(كتاب الخنثى)

مثبتة للشركة . وفى الوجه الرابع اختلفوا فيه ، وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم . ثم إن الحق أن تثلث القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا حيث قال : وإذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فإن هذا على ثلاثة أوجه : فى وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق . وفى وجه لاتقبل بالاتفاق ، وفى وجه اختلفوا فيه ، ثم فصل كل وجه بأمثلته ودليله . وكما فصله شمس الأئمة السرخسى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد حيث قال : وهاهنا ثلاثة فصول : أحدها مالاتقبل فيه الشهادة بالاتفاق ، والثانى ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق ، والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

(كتاب الخنثى)

قال فى النهاية : لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة فى المبال من آلتى النساء والرجال شرع فى بيان أحكام من له آلتان فيه . وقدم ذكر الأول لما أن الواحد قبل الاثنين . أولأن الأول هو الأعم والأغلب وهذا كالنادر فيه انتهى . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن ما ذكر فى الكتب السالفة من الأحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة ، بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ، ألا يرى أن الأحكام المارة فى كتاب الوصايا مثلا جارية بأسرها فى حق الخنثى أيضا ، وكذلك الحال فى أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أوجلها . فما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع فى بيان أحكام من له آلتان . وأما ثانيا فلأن قوله شرع فى بيان أحكام من له آلتان ليس بتام ، إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ، ووضع الفصل الأول لبيانه والفصل الثانى لأحكامه حيث قال : فصل فى بيانه . ثم قال : فصل فى أحكامه ، فهو فى هذا الكتاب إنما شرع حقيقة فى بيان من له آلتان لا فى بيان أحكامه . وإنما ذكر أحكامه فى الفصل الثانى بعد أن ذكر بيان نفسه فى الفصل الأول ، وإن صح أن يقال شرع فى أحكامه أيضا بتأويل ما فما معنى تخصيص الشروع بالثانى فى قوله شرع فى بيان حكم من له آلتان . ويمكن التوجيه بعناية فتأمل . وقال فى العناية : لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود اهـ . أقول : يتجه عليه أيضا ما ذكرناه آنفا من البحث الأول بل بعض البحث الثانى أيضا فتأمل . وقال فى غاية البيان : أخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة ، إما آلة الرجل ، وإما آلة الأنثى ، واجتماع الآلتين فى شخص واحد فى غاية الندرة ، ولكن قد يقع ذلك فيحتاج إلى بيان حكمه ، فلأجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج إلى بيانه اهـ . أقول : هذا جيد إلا قوله وقلة الاحتياج إلى بيانه ، فإن مايكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج إلى البيان لكونه بعيدا عن الأذهان موقوفا حاله على أمر خفى . وعن هذا قال فى النهاية : ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال فى البيان وإن ندر وجوده فى الأزمان .

(كتاب الخنثى)

(كتاب الخنثى)

(فصل فى بيانه)

قال (وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى . فإن كان يبول من الذكر فهو غلام . وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى) « لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورّث ؟ فقال من حيث يبول » وعن علىّ رضى الله عنه مثله . ولأن البول من أى عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وإن بال منهما فالحكم للأسبق) لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلى (وإن كانا فى السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبى حنيفة . وقالا : ينسب إلى أكثرهما بولا) لأنه علامة قوّة

(فصل فى بيانه)

قال صاحب العناية : فإن قيل : الفصل إنما يذكر لقطع شىء من شىء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما ، وهاهنا لم يتقدم شىء فما وجه ذكر الفصل . قلت : كلامه فى قوّة أن يقال : هذا الكتاب فيه فصلان : فصل فى بيان الخنثى وفصل فى أحكامه ، وما ذكرت فإنما هو فى وقوعه فى التفصيل لا فى الإجمال اهـ . وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب : ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الأخرى عن الأولى ، فإذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك فى قوّة تعنون الأولى به أيضا وإن لم يصرح به فى العادة ، لكن صرح به هنا إشارة فى أول الوهلة إلى أن هنا فصلا آخر يذكر بعيده وهو ماذكره بقوله فصل فى أحكامه فتأمل انتهى . أقول : هذا كلام خارج عن سنن السداد . أما أولا فلأن الفصل إنما يذكر لقطع شىء من شىء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شىء آخر مطلقا ، وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله وهنا لم يتقدم شىء فما وجه ذكر الفصل ؟ فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الأخرى عن الأولى إنما يقتضى تحقق معنى الانفصال مطلقا فى الأولى لا تحقق الانفصال عما تقدم فى الأولى أيضا كما لايخفى ، والفصل إنما يذكر لقطع شىء من شىء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب . وأما ثانيا فلأنه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الإشارة فى أول الوهلة إلى هنا فصلا آخر يذكر بعيده وذكر فصل لايقتضى ذكر فصل آخر لا فى اللغة ولا فى العرف ، وإلا لزم أن يقتضى ذكر فصل فى أحكامه ذكر فصل آخر أيضا بعيده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا ، وعن هذا تراهم يذكرون فى كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا .

(فصل فى بيانه)

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود . ذكر فى المغرب أن تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث فى كلامه . فإن قيل : الفصل إنما يذكر لقطع شىء من شىء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما . وهاهنا لم يتقدم شىء فما وجه ذكر الفصل ؟ قلت : كلامه فى قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان : فصل فى بيان الخنثى ، وفصل فى أحكامه . وما ذكرت فإنما هو فى وقوعه فى التفصيل لا فى الإجمال (قال وإذا كان الخ) أى قال القدورى : إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى ، والظاهر أن الواو الواقعة فى أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر . وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلى الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق فى الحيوان كل عضو لمنفعة ، ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال من الأم ليست إلا خروج البول منهما ، وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك ، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالا ، فإذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التى هى للفصل فى حقه هذه والآخر زيادة خرق فى البدن فكان بمنزلة العيب والباقى ظاهر . وحاصله إن ظهرت علامة الرجال فهو رجل ، وإن ظهرت علامة النساء فهو امرأة ، وإن لم يظهر شىء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل ، وهذا يرفع ما يقال : لا إشكال بعد البلوغ إلا إذا أريد به الغالب .

ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ، ولأن للأكثر حكم الكل فى أصول الشرع فيترجح بالكثرة . وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة ، لأنه قد يكون لاتساع فى أحدهما وضيق فى الآخر . وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لامرجح . قال (وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل) وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدى مستو ، لأن هذه من علامات الذكران (ولو ظهر له ثدى كثدى المرأة أو نزل له لبن فى ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة) لأن هذه من علامات النساء (وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.

(فصل فى أحكامه)

قال رضى الله عنه : الأصل فى الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق فى أمور الدين ، وأن لايحكم بثبوت حكم وقع الشك فى ثبوته . قال (وإذا وقف خلف الإمام قام بين صفّ الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كى لايفسد صلاتهم ولاالنساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته (فإن قام فى صفّ النساء فأحبّ إلىّ أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وإن قام فى صفّ الرجال فصلاته تامة ويعيد الذى عن

(فصل فى أحكامه)

أى فى أحكام الخنثى المشكل ، وهو الذى لم تظهر فيه إحدى العلامات ، وتعارضت اللامات لأن غير المشكل إما أن يكون رجلا أو امرأة . وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف فى تعليله (لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كى لايفسد صلاتهم ، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته) أقول : فى تحرير هذا التعليل نوع خلل ، لأن قوله ولا النساء عطف على الرجال فى قوله فلا يتخلل الرجال . وقوله فلا يتخلل الرجال متفرّع على قوله لاحتمال أنه امرأة لأنه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعا أيضا على قوله لاحتمال أنه امرأة ، لأن المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله ، فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ، ولا شك أنه لامعنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة ، إذ لا تأثير لاحتمال أنه امرأة فى عدم تخلله النساء ، بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوّز تخلله النساء ، وإنما التأثير فى عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل ، وكأن صاحب الكافى ذاق هذه البشاعة فغير تحرير المصنف فى التعليل حيث قال : وإن وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلايتخلل الرجال حتى لايفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ، ولايتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى (قوله فإن قام فى صف النساء فأحب إلىّ أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) هذا لفظ محمد فى الأصل

(فصل فى أحكامه)

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل ، لأن غير المشكل إما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ، ذكر فى هذا الفصل أحكامه فقال (الأصل فى الخنثى المشكل) ولم يقل المشكلة ، لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه والأصل هو الذكر لأن حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره ، فإن قام فى صفّ النساء فأحبّ إلىّ أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) قيل : وإنما قال باستحباب إعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والأخذ بالاحتياط فى باب العبادات أولى ، لأن المسقط وهو الأداء معلوم ، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم ، فللوهم أحبّ له أن يعيد الصلاة . فإن قيل :

(فصل فى أحكامه)

يمينه وعن يساره والذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا) لاحتمال أنه امرأة . قال (وأحبّ إلينا أن يصلى بقناع) لأنه يحتمل أنه امرأة (ويجلس فى صلاته جلوس المرأة) لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة ، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن الستر على النساء واجب ما أمكن (وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وإن لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال) لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة . ويكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال) لأنه أعدّ لنوائب المسلمين

قال جمهور الشراح : إنما قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب والأخذ بالاحتياط فى باب العبادات واجب ، لأن المسقط وهو الأداء معلوم ، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم ، فللتوهم أحبّ له أن يعيد الصلاة انتهى . وعزاه فى النهاية والكفاية إلى المبسوط . أقول : فيه نظر ، إذ لايذهب على ذى فطانة أن كون المفسد موهوما لايرفع وجوب إعادة الصلاة عند تقرّر كون الأخذ بالاحتياط واجبا فى باب العبادات كما صرحوا به ، فإن الاحتياط يقتضى الاحتراز عن الموهوم أيضا ، فالظاهر عندى ما ذكر فى الذخيرة ونقله الشراح هنا عنها ، وهو أن قوله فأحبّ إلىّ أن يعيد صلاته فيما إذا كان الخنثى المشكل مراهقا ، فإن الإعادة مستحبة فى حقه تخلقا واعتيادا . وأما إذا كان بالغا فالإعادة واجبة لأنه إن كان ذكرا كان عليه الإعادة ، وإن كان أنثى لم تلزمه الإعادة فتجب الإعادة احتياطا على ما هو الحكم فى باب العبادة (قوله ويجلس فى صلاته جلوس المرأة ، لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة ، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول : فى هذا التعليل كلام . وهو أنه إن أراد بقوله وهو جائز فى الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه ، وإن أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به فى الكافى حيث قال : وهو جائز فى الجملة عند العذر ، وكما صرح به فى المبسوط والذخيرة ، وبين وجه العذر هنا حيث قال : لأن الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبين الأعذار اهـ . فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها أن يقال : ارتكاب المكروه أيضا جائز عند العذر ، واشتباه الحال من أبين الأعذار فما الرجحان فى جلوسه جلوس المرأة فتأمل فى الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة) قال صاحب النهاية : هذا التعليل وإن كان صحيحا فى حق الرجل ولكن هو فاسد

الخنثى إذا كان مراهقا فلا إعادة عليه وإن أفسدها ، فإن كان بالغا فالإعادة واجبة ، لأنه إن كان ذكرا وجب الإعادة ، وإن كان أنثى لايلزمه فتجب احتياطا ، فما وجه قوله أحبّ إلىّ أن يعيد . أجيب بأن مراده إذا كان مراهقا فالإعادة مستحبة تخلقا واعتيادا ، وأما إذا كان بالغا فالإعادة واجبة ، كذا فى الذخيرة ، فعلى هذا التقدير تكون إعادة من على يمينه ويساره وخلفه وبحذائه إذا قام فى صف الرجال واجبة ، لكن ذكر فى المبسوط أن المراد بالإعادة هو الإعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة فى حقهم موهوم . وقوله (وأحبّ إلينا أن يصلى بقناع) يعنى إذا كان مراهقا ، وأما إذا بلغ بالسن فذاك واجب . وقوله (وهو على الاستحباب) يعنى إذا كان غير بالغ ، وأما إذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شىء من علامات الرجال أو النساء فالإعادة واجبة . وقوله (لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظر ، لأنه وإن كان صحيحا فى حق الرجل لكنه فاسد فى حق المرأة ، لأن الأمة لايباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها ، بل لها أن تنظر من مولاتها إلى مالها أن تنظر إليه من الأجنبيات . والصواب فى التعليل وإن كان أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وهو أحق منه إلى خلاف الجنس ، فليس للملك تأثير فى إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها . فإن قيل : فلو زوّجه المولى امرأة بمهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير . أجيب بأن محمدا لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح مالم

(قوله قيل فيه نظر ، إلى قوله : فليس للملك تأثير فى إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها) أقول : نعم الأمر كما قال وقد مر تفصيله فى كتاب

(فإذا ختنته باعها ورد ثمنها فى بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكره له فى حياته لبس الحلىّ والحرير ، وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء .

فى حق المرأة ، لأن الأمة لايباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها مطلقا ، لأنه ذكر فى استحباب المبسوط أن للأمة أن تنظر إلى مولاتها كما للأجنبيات ، فعلم بهذا أنه لا تأثير للملك فى إباحة النظر إلى سيدتها . والأولى فى التعليل هنا ما ذكره فى المبسوط والذخيرة فقال : لأنه متى اشترى الولىّ جارية للخنثى فإنه يملكها الخنثى ، ثم إن كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة إلى مالكها ، وإن كان الخنثى أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وإنه مباح حالة العذر ، فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى ، باعتبار أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظره إلى خلاف الجنس . لا أن يكون للملك تأثير فى إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف : وفيه نظر ، لأن ذلك فى حالة الاختيار لا فى حالة العذر ، ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح فى موضع لايحل النظر إليه تداويه المرأة ، وكذا نظر القابلة إلى فرج المرأة وقت الولادة يحل ؛ فإذا جاز النظر بالعذر فإقامة السنة أيضا عذر جاز لها أن تنظر إلى فرجها انتهى . أقول : نظره ساقط ، إذ يشترك فى جواز النظر بالعذر إلى موضع العورة من الأمة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة ، فلم يكن للملك تأثير فى إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها أصلا . وتعليل المصنف بقوله لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة يشعر لامحالة بتأثير الملك فى إباحة النظر إلى سيدتها كتأثيره فى إباحة النظر إلى سيدها ، فيردّ عليه ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح فى حق الرجل فاسد فى حق المرأة . وعن هذا أمضاه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية ، وقال صاحب الكافى فى التعليل : لأنه يباح لمملوكته النظر إلى ذكره إن كان رجلا (قوله ويكره له فى حياته لبس الحلىّ والحرير) قال صاحب النهاية : وليس فى قيد قوله فى حياته زيادة فائدة ، لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا لبس ، والكراهة بعد الموت للملبس لا للميت ، وقد اقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية ردّ ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل مايذكر فى التراكيب يكون قيدا للإخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى . أقول : ليس هذا بشىء لأن حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله فى حياته قيد مستدرك لافائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده ، ولا يذهب عليك أن كونه بيانا للواقع لايدفع استدراكه وعدم الفائدة فى ذكره إذا كان الواقع مبينا بدونه . فالوجه فى الاعتذار عن ذكره ماذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا : إلا أن المصنف تبع فى ذلك لفظ المبسوط ، وإنما وقع فى لفظ المبسوط ذلك لأنه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى إذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للقيد انتهى (قوله وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء) قال جمهور الشراح : وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لاكنظر الرجل إلى

يتبين أمره ، ومع هذا لو فعل كان صحيحا لأن الخنثى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس والنكاح لغو ، وإن كان ذكرا فهو نظر المنكوحة إلى زوجها (وقوله ويكره له فى حياته لبس الحرير) قيل : لا فائدة لقوله فى حياته فإنه لا لبس بعد الموت ، وإنما هو إلباس فكان معناه مفهوما من قوله لبس ، وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر فى التراكيب يكون قيدا للإخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع ، وإنما كره ذلك لأن لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط ، فإن الاجتناب عن الحرام فرض والإقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع فى الحرام . وقوله (وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء) يعنى إذا كان مراهقا ، والمراد بالانكشاف هو أن يكون فى إزار واحد لا إبداء موضع العورة ، لأن ذلك لايحل لغير الأنثى أيضا . وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه

الكراهية فى مسائل النظر ، إلا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة إباحة النظر لسيدها مطلقا ولسيدتها بالضرورة ، فحينئذ يندفع الإشكال بالكلية (قوله يعنى إذا كان مراهقا ، إلى قوله : لأن ذلك لايحل لغير الخنثى أيضا) أقول : إذا كان الكلام فى المراهق فأفعاله لاتوصف بالحل والحرمة .

وأن يخلو به غير محرم من رجل أوامرأة . وأن يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتمال المحرم (وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف : لاعلم لى فى لباسه) لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط . وإن كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد : يلبس لباس المرأة) لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل . ولا شىء عليه لأنه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لأن الحنث لايثبت بالشك (ولو قال كل عبد لى حر أو قال كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وإن قال القولين جميعا عتق) للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل (وإن قال الخنثى أنا رجل أوأنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلا) لأنه دعوى يخالف قضية الدليل (وإن لم يكن مشكلا ينبغى أن يقبل قوله) لأنه أعلم بحاله من غيره (وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء (فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضر إن كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وإن سجى قبره فهو أحب) لأنه إن كان أنثى يقيم واجبا . وإن كان ذكرا فالتسجية لاتضره .

الرجل ، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء ، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء موضع العورة لأن ذلك لايحل لغير الخنثى أيضا . ولكن المراد أن يكون فى إزار واحد انتهى . وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية . أقول : ليس هذا بتام عندى إذ على تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هو الأصح من الروايتين كما نص عليه المصنف فى كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف فى كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى من الأصل ، إذ على هذه الرواية لايجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا ، كما لايجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة . فلم يكن فى هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لاكنظر الرجل إلى الرجل ، لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لاكون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما زعموا تبصر (قوله وإن لم يكن مشكلا ينبغى أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية : وفى هذا التعليل نظر ، لأنه إنما لايكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات ، فعند ظهورها

لاكنظر الرجل إلى الرجل ، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز له التكشف للنساء فى إزار واحد . وقوله (وأن يخلو به) أى يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) لقوله صلى الله عليه وسلم « ألا لايخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان » وأمره فى ذلك محتمل نظرا إلى حاليه . وقوله (لا علم لى فى لباسه) يعنى لاشتباه حاله وعدم المرجح ، وقول محمد ظاهر . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الحنث لايثبت بالشك . وقوله (وإن قال بالقولين) يعنى أن يقول كل عبد لى وكل أمة لى فهو حر . وقوله (لأنه ليس بمهمل) يعنى أنه فى الواقع ليس بخال عن أحد الحالين . وقوله (لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) لأنه يقتضى بقاء الإشكال وهو لايعلم فى ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره . وقوله (ينبغى أن يقبل) إنما قال بلفظ ينبغى لأن حكمه غير مذكور فلم يتيقن به (وقوله لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أى غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت فى الشرع ، فإن النظر إلى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت ، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلأجل الضرورة أبيح نظر الجنس عند الغسل ، والمراهق كالبالغ فى وجوب ستر عورته ، فإن كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد ، وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فإنه

(قال المصنف : لم يقبل قوله إذا كان مشكلا ، إلى قوله : فإن لم يكن مشكلا الخ) أقول : يعنى إن علم الإشكال أو لم يعلم الإشكال (قال المصنف : لأنه أعلم بحاله من غيره) أقول : قال الإتقانى : وفيه نظر ، لأنه إنما لايكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات ،

(وإذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلى الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل فى قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحبّ إلىّ) لاحتمال أنه عورة ، ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحبّ إلىّ) يعنى يكفن فى خمسة أثواب لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك . ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبى حنيفة أثلاثا للابن سهمان ، وللخنثى سهم وهو أنثى عنده فى الميراث إلا أن يتبين غير ذلك) وقالا : للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبى . واختلفا فى قياس قوله قال محمد : المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة

يحكم بأنه ذكر أو أنثى ، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى . أقول : مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فإن مراده بقوله وإن لم يكن مشكلا ، وإن لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل ، لأن معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلا : إذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ، ويدل عليه أيضا قول المصنف فى تعليل ذلك لأنه دعوى تخالف قضية الدليل ، فإن مخالفة دعواه قضية الدليل إنما يتصور فيما إذا كان قد علم أنه مشكل ، فإذا كان معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلا ، إذا كان قد علم أنه مشكل يكون معنى قوله هنا وإن لم يكن مشكلا : وإن لم يعلم أنه مشكل ، لأنه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا ، إذ لا يلزم من أن لا يعلم أنه مشكل أن يعلم أنه ليس بمشكل حتى يحكم بأنه ذكر أو أنثى بلا

ييمم بالصعيد مع الخرقة إن يمم الأجنبى ، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت ، وينظر الميمم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة ، ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان ، لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فإنه فى حال الحياة وله أهلية المالكية فيها . وقوله (وضع الرجل مما يلى الإمام والخنثى خلفه) يعنى اعتبارا بحال الحياة ، لأنه يقوم بين صفّ الرجال والنساء ، فكان فى القرب من الإمام بعد درجة ، فكذلك فى حال الممات والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « ليلينى منكم أولو الأحلام والنهى » (ولو دفن مع رجل فى قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) يعنى يقدم الرجل إلى جانب القبلة لأن جهتها أشرف ، فالرجل للتقريب إليه أولى ، وقد جاء فى الحديث « أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم أخذا للقرآن جانب القبلة » (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك فى حكم قبرين . وقوله (وإن جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه المحفة مشتبك يطبق على المرأة إذا وضعت على الجنازة ، وقد تقدم فى كتاب الصلاة . وقوله (وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بذلك بأس ، لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب فى حال الحياة ، فالزيادة على الثلاثة فى الكفن للرجل غير ضائرة كما فى حال الحياة ، فإن للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة ، وأما إذا كان أنثى كان فى الاقتصار على الثلاثة ترك السنة ، فإن السنة فى كفنها خمسة أثواب (قال ولو مات أبوه وخلف ابنا) اعلم أن الشيخ أبا الحسن القدورى ذكر قول محمد مع أبى يوسف ، وكذلك أثبت المصنف فى الكتاب ، وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادى . وفى عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبى حنيفة ، ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا فى تخريج قول الشعبى ، فمحمد فسره على وجه ولم يأخذ به . وأبو يوسف فسره على وجه ولم يأخذ به ، وهو أن تجعل المسئلة على سبعة ، ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر ، وهو تفسير محمد بأن تجعل على اثنى عشر وأخذ به ، وكان قول أبى يوسف أولا كقول أبى حنيفة ومحمد

لهجد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى ، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى . وجوابه أن المراد إذا لم يعلم كونه مشكلا كما أشرنا إليه فافهم .

وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف : المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة . لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع . فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة . ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين . وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا إلى حساب له نصف وثلث . وأقل ذلك ستة . ففى حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة . وفى حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة . فسهمان للخنثى ثابتان بيقين . ووقع الشك فى السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة . ولأبى حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء . والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به ، وفيما زاد عليه شك ، فأثبتنا المتيقن قصرا عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما

حاجة إلى قول نفسه ، بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بأن لا يعلم ظهور إحدى العلامات ولا عدم ظهورها ، فحينئذ تتحقق الحاجة إلى قول نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا ، ومحل التعليل بقوله لأنه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه . والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتنى عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهى أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة ، لأنه إنما لا يكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات . فبعد ظهورها يحكم بأنه

فنقول على ما ذكر فى الكتاب إذا مات أبو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما أثلاثا عند أبى حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده فى الميراث إلا أن يتبين غير ذلك : أى غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات الذكور بلا معارض فحينئذ يعتبر ذكرا . وقالا : للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى . وهو قول الشعبى وابن أبى ليلى والثورى وهو مذهب ابن عباس . واختلفا فى قياس قول الشعبى قال محمد : المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف : المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الأرباع : لأن الخنثى فى حال ابن وفى حال بنت ، وللبنت فى الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو أربعة فى سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن أربعة . ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين ، وإن كان أنثى أثلاثا فاحتجنا إلى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة ، ففى حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم ، وفى حال أثلاثا سهمان للخنثى وأربعة للابن ، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ، ولزم الكسر النصفى فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة . وفى تأخير قول محمد إشارة من المصنف إلى اختياره ، وذلك لأن الكل متفقون على تقليل نصيبه ، وما ذهب إليه محمد أقل مما ذهب إليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهما . وطريق معرفته أن تضرب السبعة فى اثنى عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ، ثم اضرب حصة من كان له شىء من السبعة فى اثنى عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضربه فى اثنى عشر يبلغ ستة وثلاثين ، واضرب حصة من كان له شىء من اثنى عشر فى السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه فى سبعة يكون خمسة وثلاثين ، فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين ، كذا أفاده الإمام حميد الدين (ولأبى حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء) لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة ، ولا شىء منهما بمعلوم ، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن (والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به) فأوجبناه كما إذا كان إثباته بطريق آخر فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلى أن يقوم الدليل على الزائد ، فإن من قال لفلان علىّ دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الأول متيقنا به دون الزيادة . لا يقال : سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهى ثابتة بيقين فى الخنثى والجهالة وقعت فى القسمة بقاء فلا يمتنع الوجوب . لأنا نقول : ليس الكلام فى استحقاق أصل الميراث ، وإنما

إذا كان الشك فى وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن . كذا هذا . إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا ، وأما وأختا لأب وأم هى خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هى خنثى . فعندنا فى الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقى للخنثى ، وفى الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقى للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما .

ذكر أو أنثى ، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وإن لم يكن مشكلا ينبغى أن يقبل قوله (قوله إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا) قال فى العناية : وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به : يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى للتيقن . وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر لأن المال ابتداء لا يجب بالشك . إلا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى . أقول : فيه نوع اختلال . لأن تفسيره مراد المصنف بقوله يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى للتيقن الخ يقتضى أن يكون قول المصنف إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصرا عليه كما هو الظاهر والمصرح به فى غاية البيان . فيخالف هذا قوله فى أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به تدبر .

هو فى استحقاق المقدار . وسببه الذكورة أو الأنوثة . ولا شىء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه . وقوله (إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا) استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به : يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى المتيقن . وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر ، لأن المال ابتداء لا يجب بالشك إلا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون زوجا وأما وأختا لأب وأم هى خنثى ، فإن قدرنا الخنثى أنثى كان للزوج النصف وللأم الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول إلى ثمانية ، وإن قدرناه ذكرا كان له الباقى بعد نصب الزوج وثلث الأم وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرا ، وإذا ترك امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هى خنثى . للمرأة الربع ولبنى الأخياف الثلث . فإن قدرنا الخنثى أنثى ترث النصف تكون المسئلة من اثنى عشر وتعول إلى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر ، وإن قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثنى عشر وهو أقل فقدرناه ذكرا ، ولو ماتت وتركت زوجا وأختا لأب وأم وخنثى لأب كان للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف ولا شىء للخنثى ، وهذا معنى قول العلماء فى تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة . فإن قيل : إذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة أمره فى المآل كيف يكون حاله فى الميراث ما ذكره المصنف فى الكتاب . قلت : كأنه أشار إلى ذلك فى أول البحث بقوله وهو أنثى عنده فى الميراث إلا أن يتبين غير ذلك . يشير إلى أن الثلثين فى تلك المسئلة تدفع إلى الابن والثلث إلى الخنثى . وعلى ذلك أكثرهم لأن سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوّة . وإنما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير ، وحيث جعلنا الخنثى أنثى ما زحمه إلا فى الثلث فبقى ما وراء ذلك مستحقا له ، وهل يؤخذ منه الكفيل ؟ قال بعض مشايخنا : هو على الخلاف المعروف أن القاضى إذا دفع المال إلى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا فى قول أبى حنيفة . وعندهما يحتاط فى أخذ الكفيل منه . وقال بعضهم : يحتاط فى أخذ الكفيل منه ههنا عندهم جميعا ، وإنما لم يجوّز أبو حنيفة هناك للمجهول ، وهنا إنما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضى قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك ، فإن تبين أن الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه ، وإن تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ، ومنهم من يقول يدفع الثلث إلى الخنثى والنصف إلى الابن ويوقف السدس إلى أن يتبين أمره ، لأن المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف إلى أن يتبين المستحق كما فى الحمل والمفقود والله أعلم .

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى) أقول : ينبغى أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن ، لأن المراد المتيقن المعهود وهو

(مسائل شتى)

قال (وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما فى هذا الكتاب فأومأ برأسه : أى نعم أو كتب . فإذا جاء من ذلك مايعرف أنه إقرار فهو جائز . ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه) وقال الشافعى : يجوز فى الوجهين . لأن المجوّز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين . ولا فرق بين الأصلى والعارضى كالوحشى والمتوحش من الأهلى فى حق الذكاة . والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك فى الأخرس دون المعتقل لسانه . حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس . ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخّر الوصية إلى هذا الوقت . أما الأخرس فلا تفريط منه . ولأن العارضى على شرف الزوال دون الأصلى فلا يتقاسان . وفى الآبدة عرفناه بالنص .

(مسائل شتى)

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب ماشذّ ذكره فى الأبواب السالفة من المسائل استدراكا للفائت، ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منثورة . فعمل المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما فى الكتاب فأومأ برأسه : أى نعم أو كتب . فإذا جاء من ذلك مايعرف أنه إقرار فهو جائز) قال الشراح : وإنما قيد بقوله فإذا جاء من ذلك مايعرف أنه إقرار لأن مايجىء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين : أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة لإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضا . والثانى ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولا إذا كان ذلك معهودا منه فى نعم انتهى . أقول : فيه نظر : لأنه لما فسر الإيماء برأسه فى تقرير المسئلة بقوله : أى نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الإقرار فلم يبق حاجة فى تقرير جوابها إلى قوله فإذا جاء من ذلك مايعرف أنه إقرار . بل كان يكفى قوله فهو جائز كما لايخفى (قوله ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخّر الوصية إلى هذا الوقت . أما الأخرس فلا تفريط منه) أقول : لايذهب عليك أن هذا التعليل يقتضى أن لايجوز إشارة المعتقل لسانه . ولو امتدّ اعتقاله : لأن تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضا مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الأخرس فى الحكم كما صرح به المصنف فيما

(مسائل شتى)

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منثورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه . قوله (فإذا جاء من ذلك مايعرف أنه إقرار) يشير إلى أن مايجىء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين : أحدهما مايكون ذلك منه دلالة الإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضا . والثانى مايكون منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولا إذا كان منه معهودا فى نعم . وقوله (ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء : إذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه . وقوله (حتى لو امتدّ) أراد به سنة كذا ذكره التمرتاشى . وروى عن أبى حنيفة أنه قال : إن دامت العقلة إلى وقت موته يجوز إقراره بالإشارة ، ويجوز الإشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لايرجى زواله فكان كالأخرس . قالوا : وعليه الفتوى . وقوله (فى الآبدة عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج « أن بعيرا من إبل الصدقات ندّ فرماه

ميراث الأنثى ، وإنما قلنا ينبغى أن يكون الخ لأنه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل .

(مسائل شتى)

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول : من فوق إلى تحت ، وأما عكسه فدلالة الإنكار .

قال (وإذا كان الأخرس يكتب كتابا أو يومئ إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه . ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ؛ ألا ترى أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أدّى واجب التبليغ مرّة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب . والمجوّز فى حق الغائب العجز وهو فى حق الأخرس أظهر وألزم . ثم الكتاب على ثلاث مراتب : مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ما قالوا . ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار . وينوّى فيه لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلابد من النية . وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء . وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم . وأما الإشارة فجعلت حجة فى حق الأخرس فى حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ ، وقد تثبت بدون اللفظ . والقصاص حق العبد أيضا ، ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى ، ولأنها تندرئ بالشبهات ، ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحدّ للشبهة ،

قيل آنفا ، ولعل صاحب الكافى تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الخ) أقول : فيه شىء . وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر ، بل يدل على خلافه ، فإن المدعى أن كتابة الأخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة فى الحدود ، وهذا الدليل المذكور لايدل على عدم كونها حجة فى الحدود ، إذ لافارق فيه بين الحدود وما سواها ، بل يدل على كونها حجة فى الحدود أيضا إذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ما قالوا ، فإنه إذا كان بمنزلة النطق فى حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغى أن يكون حجة فى الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها أيضا فليتأمل فى الخلاص (قوله وأما الإشارة فجعلت حجة فى حق الأخرس فى حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد) أقول : لقائل أن يقول : من هذه الأحكام الطلاق على ما صرح به فى وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى ، لأن فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى ولهذا لم تشترط الدعوى فى الشهادة عليه بالاتفاق . كما لم تشترط فى الشهادة على عتق الأمة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة ومرّ فى الكتاب أيضا فى باب عتق أحد العبدين من كتاب العتاق . فإن قلت : ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة ؛ بل فيه حق العبد أيضا لتعلق حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لأنها من حقوق العباد على ذلك . قلت : مجرد تحقق حق العبد فى شىء لايكفى فى كون إشارة الأخرس حجة فيه ؛ ألا يرى أن إشارته لاتكون حجة فى حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف . كما أن فيه حق الله تعالى ، بل لابد فى كون إشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص ، لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ماعرف فى موضعه ، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع . كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى ، فإن الدعوى شرط فى قبول الشهادة فى حقوق العباد . حتى أن مطالبة

رجل وسمى فقتله . فقال عليه الصلاة والسلام : إن لها أوابد كأوابد الوحش ، فإذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه » وقوله (ولا يحدّ) أى الأخرس إذا قذف بالإشارة أو الكتابة (ولا يحدّ له) إذا كان مقذوفا . وقوله (وهو) أى العجز (فى حق الأخرس أظهر منه فى حق الغائب) لأن الظاهر من حال الغائب الحضور ، والظاهر من حال الأخرس عدم زوال خرسه . فلما قبل الكتاب فى حق الغائب فى ثبوت الأحكام مع رجاء الحضور . فلأن يقبل فى حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى . وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب : مستبين) احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء ، وإما مرسوم : أى معنون : أى مصدّر بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره من فلان إلى فلان ، وبما ذكرنا علم الأقسام الثلاثة والحكم فى كل منها ماذكره . وقوله (وينوّى فيه) أى يطلب منه النية فيه . وقوله (لأنه بمنزلة صريح الكتابة) أى الكتابة القولية كقوله أنت بائن وأمثاله . وقوله (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فإنه كما يثبت بالعربى يثبت بغيره (وقد تثبت بغير لفظ)

ولا يحدّ أيضا بالإشارة فى القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط . ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحدّ لايثبت ببيان فيه شبهة ؛ ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقرّ بالوطء الحرام لايجب الحدّ ، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقرّ بمطلق القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد ؛ وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد . أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر فى كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه . ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان . ويحتمل أن يكون مفارقا للذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب فى الجملة لقيام أهلية النطق . ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة . ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة ، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لاتعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة .

المقذوف شرط فى ثبوت حق القذف وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا . ولهذا لايصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجرى الإرث فيه عندنا كما مرّ فى الحدود . فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى فى ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر . وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول : فيه بحث . أما أوّلا فلأن ماذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر فى عدّة مواقع : منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه : فلا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة ، لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق . ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه : ولا تقبل فى الحدود والقصاص شهادة النساء ، لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات . ثم قال فيه فى باب الشهادة على الشهادة : الشهادة على الشهادة جائزة عندنا فى كل حق لايسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه : وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق . وكذا بإيفائها واستيفائها إلا فى الحدود والقصاص . فإن الوكالة لاتصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته . ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه فى باب اليمين : ومن ادّعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالإجماع . ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ . وهذا عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لزمه الأرش فيهما ، لأن النكول إقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال . ومنها كتاب الجنايات . فإنه صرّح فيه فى مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا فى سقوط القصاص . وفرّع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة فى كل واحدة منها كما لايخفى على الناظر فى تمام ذلك الكتاب . وأما ثانيا فلأن قيد الخالصة فى قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل هنا ؛ فإن حدّ القذف غير خالص لله تعالى ، بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضا زاجر لايثبت بالشبهة . ولا تكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر إليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة .

أى بفعل يدل على القول كالتعاطى . وقوله (ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك) أى لايكون حجة (فيكون فيهما) أى فى الأخرس والغائب الغير الأخرس روايتان . وقوله (لأنه) أى الإشارة على تأويل المذكور .

(قال المصنف : ثم الفرق بين الحدود والقصاص ، إلى قوله : لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات) أقول : وقد صرح فى أوائل الجنايات أن الشبهة تؤثر فى سقوط القصاص . تم .

لأنه حجة ضرورية . ولا ضرورة لأنه جمع هاهنا بينهما فقال : أشار أو كتب . وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجةضرورية . وفى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الإشارة ؛ وفى الإشارة زيادة أثر لم يوجد فى الكتاب لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا (وكذلك الذى صمت يوما أو يومين لعارض) لما بينا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة . وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان . قال (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّى فيها وأكل . وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار . أما فى حالة الضرورة يحلّ له التناول فى جميع ذلك . لأن الميتة المتيقنة تحل له فى حالة الضرورة . فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى . غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية فى الجملة فلا

إلى قوله : لأنه جمع هاهنا بينهما فقال أشار أو كتب) قال صاحب الغاية : ولنا فى دعوى الجمع بينهما نظر . لأنه قال فى الجامع الصغير : وإذا كان الأخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لأحد الشيئين لا للجمع ، على أنا نقول : قال فى الأصل : وإن كان الأخرس لايكتب وكانت له إشارة تعرف فى نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز ، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لاتعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الأخرس بشرط أن يكتب ، فافهم إلى هنا لفظه . أقول : نظره ساقط جدا ، إذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما فى كل مادة من موادّ إعلام الأخرس . بل مراده الجمع بينهما فى جواز إعلام الأخرس مراده بأى واحد منهما . ولاشك فى دلالة كلمة أو على هذا المعنى لأنها لأحد الأمرين بلا تعيين . فإذا أتى الأخرس بأىّ واحد منهما على انفراده يتحقق الإتيان بأحد الأمرين . ويجوز ذلك بحسب الشرع . أى يقبل ويعمل به بموجب قول محمد فى جواب هذه المسئلة فهو جائز . وأما علاوته التى ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشىء أيضا . لأن مراد المصنف دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الإشارة والكتابة من الأخرس ومعنى قوله لأنه جمع هاهنا بينهما أنه جمع فى الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال فى شرح قوله لأنه جمع هنا بينهما : أى جمع فى الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة . ولا ريب أن هذا لاينافى إشارة مسئلة الأصل إلى أن إشارة الأخرس لاتعتبر مع القدرة على الكتابة . غاية الأمر أن يكون فى المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير . فإن قلت : فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لاتعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الأصل ، فما معنى نسبة التوهم إليهم ؟ قلت : مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لاتعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلا : أى فى رواية منّا . ولك أن تقول : يجوز أن يكون نسبة التوهم إليهم بالنظر إلى الدراية دون الرواية تأمل (قوله وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّى فيها وأكل ، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال فى العناية أخذا من النهاية : طولب بالفرق بين

وقوله (لانه) أى محمدا (جمع هنا) أى فى الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتابا أو يومئ إيماء . وقوله (وفى الكتابة زيادة بيان لم توجد فى الإشارة) لأن فضل البيان فى الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة ، بخلاف الإشارة فإن فيها نوع إبهام (وفى الإشارة زيادة أثر لم توجد فى الكتابة لأنه) أى الإشارة (أقرب إلى النطق من آثار الأقلام) لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام وهى منفصلة عن آثار المتكلم . وأما العلم الحاصل بالإشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو إشارته بيده أو رأسه ، والمتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار . وقوله (وكذا الذى صمت يوما أو يومين) عطف على قوله ولايجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه : أى لايجوز إقراره بأن أومأ برأسه أى نعم أو كتب . وقوله (وإذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب ، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان : أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرّى ويصلى فى الذى يقع تحرّيه أنه طاهر ، فقد جوّز التحرى هناك فيما إذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين ، وفى الذكية والميتة لم يجوّز . وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى فى بعضها ثم لايعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها ، بخلاف ما نحن فيه من الغنم . ويؤيده أن الرجل

يتركه من غير ضرورة . وقال الشافعي : لايجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة . ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار . ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة . ألا ترى أن أسواق المسلمين لاتخلو عن المحرّم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب . وهذا لأن القليل لايمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف . بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لاضرورة فيه . والله أعلم بالصواب . وإليه المرجع والمآب .

هذا وبين الثياب ، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرّى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر ، فقد جوّز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز . وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخفّ من غيرها ؛ لأن الثياب لوكانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لايعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها ، بخلاف ما نحن فيه من الغنم ، ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ولايصلي عريانا بالإجماع ، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحرّي حالة الاشتباه أولى انتهى . أقول : لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي . أما الأول فلأن تجويز التحرّي فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاضطرار بأن لايكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به ؛ وعدم تجويزه فيما إذا كانت الميتة والذكية نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار ، أما في حالة الضرورة يحلّ له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا . وأما الثاني فلأن ما ذكر فيه لايقتضي كون حكم الثياب أخفّ من حكم غيرها . لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إنما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها ، وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققته ، فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخفّ من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين .

قال مؤلف الكتاب رحمه الله

هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداية ، ألفته مع توزّع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال ، وسميته : (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لاشتماله على ثلاثة آلاف من التصرفات التي لم يسبقني إليها أحد من الثقات ، ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ، فله الحمد والمنة وله الكبرياء ، ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ، ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الأبرار ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والأنصار . تم

إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس ، فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ، ولايصلي عريانا بالإجماع ، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فهــــرس

الجزء العاشر

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى

